Das Merkmal der Beistandsleistung im Sinne des Begünstigungstatbestandes.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Helga Groothold

aus Königsberg

1970

1971

Das Merkmal der Beistandsleistung im Sinne des Begünstigungstatbestandes.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Helga Groothold

aus Königsberg

1971

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Stree
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Lenckner
Dekan:	Prof. Dr. Uber
Tag der mündlichen Prüfung:	26.November 1970

Meinen lieben Eltern

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Schrifttumsverzeichnis

Allfeld-Meyer	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig 1922
v. Bar	Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin 1907, S. 736 ff
Baumann	Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, S. 394 ff
Baumann	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968
Baumann	Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, S. 51 ff
Beling	Begünstigung und Hehlerei, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. VII, Berlin 1907, S. 1 ff
Beling	Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
Binding	Die Normen und ihre Übertretung, 1. Band, 3. Aufl., Leipzig 1916; 2. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl., Leipzig 1916; 3. Band, Leipzig 1918
Binding	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1902; Besonderer Teil, Zweiter Band, 2. Abteilung, Leipzig 1905
Bockelmann	Strafrechtliche Untersuchungen, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 21, Göttingen 1957
Bockelmann	Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat, NJW 1951, S. 620 ff
Brunner-v. Schwerin	Deutsche Rechtsgeschichte, II. Bd., 2. Aufl., Berlin 1958
v. Buri	Begünstigung und Hehlerei, Der Gerichtssaal Bd. 29, 1878, S. 14 ff
v. Buri	Über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung, Der Gerichtssaal Bd. 41, 1889, S. 408 ff
v. Buri	Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Gießen 1860
Class	Die Kausalität der Beihilfe, Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock, Würzburg 1966, S. 115 ff
Dahm	Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Stuttgart und Köln 1951

von der Decken	Ist die Bezahlung einer Geldstrafe durch einen Dritten zulässig oder strafbar, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1892, Bd. 12, S. 97 ff
Dornseiff	Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen, 5. Aufl., Berlin 1959
Dreher	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 31. Aufl., München 1970
Ebeling	Versuch der Beihilfe und Versuch der Begünstigung zugleich als Beitrag zur Lehre von den Erfolgsdelikten, Diss., Hildesheim 1929
Ebermayer-Lobe-Rosenberg	Kommentar zum StGB, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1929
Elvers	Begünstigung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1910, Bd. 31, S. 893 ff
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Lehrbuch. Erster Band, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
v. Feuerbach-Mittermaier	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., Gießen 1847
Finger	Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. 1, S. 230 ff, Tübingen 1930
Foth	Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, JR 1965, S. 366 ff
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., München 1931
Frank, Reinhard	Rechtsprechung des Reichsgerichts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1892, Bd. 12, S. 277 ff
Frank, Reinhard	Vollendung und Versuch, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. V, Berlin 1908, S. 162 ff
Furtner	Verhältnis von Beihilfe und Begünstigung, MDR 1965, S. 431 ff
Geerds	Über die Erscheinungsformen der Strafvereitelung, Mergen-Schäfer: Kriminologische Wegzeichen, Bd. 29, Festschrift für Hans von Hentig, Kriminalistik Hamburg 1967, S. 135 ff
Gerland	Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
Geyer	Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, Handbuch des deutschen Strafrechts von v. Holtzendorff, II. Bd., Berlin 1871, S. 321 ff (417 ff)

Geyer	Zur Auslegung des Strafgesetzbuchs, Der Gerichtssaal 1875, Bd. 27, S. 299 ff
Ghan	Die Begünstigung. Eine strafrechtliche Studie, Heidelberg 1910
Göckel	Teilnahme zur Begünstigung, Jur. Diss., Tübingen 1965
Goltdammer	Materialien I zum StGB für die Preußischen Staaten. Aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuchs zusammengestellt. Berlin 1851, Bd. 1
Gretener	Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung, München 1879
Hälschner	Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Band, Der besondere Theil des Systems, 2. Abteilung, Bonn 1887
Hartung	Begünstigung und Hehlerei. Abhängigkeit von der Vortat, NJW 1949, S. 324 ff
Henckel	Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 270, Breslau 1930
Hergt	Zur Theorie der Begünstigung, Der Gerichtssaal 1910, Bd. 76, S. 298 ff
Herzog	Zur Lehre von der Begünstigung und Hehlerei, Goltdammers Archiv für Strafrecht 1881, Bd. 29, S. 112 ff
Herzog	Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Theilnahme, Der Gerichtssaal 1872, Bd. 24, S. 435 ff
Hippel, Robert v.	Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930
Hippel, Robert v.	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
His	Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Erster Teil, Leipzig 1920
Jescheck	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969
John	Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, Berlin 1868
John	Die Verbrechen gegen den Staat, Handbuch des deutschen Strafrechts von v. Holtzendorff, Bd. III, Berlin 1874, S. 1 ff
Kantorowicz	Tat und Schuld, Zürich und Leipzig 1933
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959

Kaufmann, Armin	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954
Köhler	Begünstigung und Hehlerei, Der Gerichtssaal 1902, Bd. 61, S. 44 ff
Kohler	Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, Mannheim 1890, S. 154 ff
Kohler	Über die strafrechtliche Fahrlässigkeit, Goltdammers Archiv für Strafrecht 1916, Bd. 62, S. 241 ff
Kohler-Scheel	Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Halle 1900
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
Kries	Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1889, Bd. 9, S. 528 ff
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Leipziger Kommentar	Ebermayer-Lobe-Rosenberg-Nagler, Kommentar zum StGB, 1. Bd., 8. Aufl., Berlin 1957; 2. Bd., 8. Aufl., Berlin 1958
Liszt, Franz v.	Fahrlässige Tötung und Lebensgefährdung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. V, S. 144 ff (151 ff), Berlin 1905
Liszt, Franz v.	Zur Lehre vom Landesverrat, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1917, Bd. 38, S. 295 ff
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, 26. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erster Band, 21. Aufl., Berlin 1963
Maurach	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965; Besonderer Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953
Mayer, Hellmuth	Zum Begriff der Wegnahme, JZ 1962, S. 617 ff
Mayer, Max Ernst	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, Heidelberg 1915

Meier, Fr.-Wilhelm	Die Beistandshandlung der persönlichen Begünstigung unter besonderer Berücksichtigung ihres Unrechtsgehaltes, Jur. Diss., Kiel 1956
Merkel	Begünstigung und Hehlerei, Handbuch des deutschen Strafrechts von v. Holtzendorff, 3. Bd., Berlin 1874, S. 735 ff
Merkel	Begünstigung und Hehlerei, Ergänzungen zum deutschen Strafrecht von v. Holtzendorff, 4. Bd. des Handbuchs, Berlin 1877, S. 419 ff
Mezger	Die subjektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal 1924, Bd. 89, S. 207 ff
Mezger	Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin und München 1949
Mezger	Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger, Berlin 1926, S. 187 ff
Mezger	Zur Entwicklung der sog. Ersatzhehlerei, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1940, Bd. 59, S. 549 ff
Mezger-Blei	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 13. Aufl., München 1968; Strafrecht II, Besonderer Teil, Studienbuch, 9. Aufl., München und Berlin 1966
Mommsen	Römisches Strafrecht, Leipzig 1899
Müller-Sax	Kommentar zur Strafprozeßordnung, Erster Band, 6. Aufl., Darmstadt 1966
Nagler	Leipziger Kommentar, Bd. II, 6./7. Aufl., Berlin 1951
Niethammer	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
v. Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 11. Aufl., Berlin 1927; Bd. I, 11. Aufl., Berlin 1927
Oppenhoff	Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben, 3. Ausgabe, Berlin 1861
Oppenhoff	Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Berlin 1871
Oppenhoff	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Ausgabe, Berlin 1901
Pfeiffer-Maul-Schulte	Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Essen 1969
Rautzenberg	Hehlerei und Begünstigung ihre Akzessorietät und ihr Verhältnis zur Teilnahme an der Vortat de lege lata und de lege ferenda, Diss., Köln 1962

Rein	Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Aalen 1962, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1844
Rethwisch	Begünstigung. Strafrechtliche Studie. Berlin 1881
Rose	Die Rechtsnatur der sachlichen Begünstigung. Ihr Verhältnis zur Teilnahme, zur persönlichen Begünstigung und zur Hehlerei unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs 1962, Diss., Berlin 1965
Rotering	Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch, Goltdammers Archiv für Strafrecht 1883, Bd. 31, S. 266 ff
Sander	Erörterung der Lehre von der Begünstigung von Verbrechen unter Berücksichtigung des würtembergischen und badischen Strafgesetz-Entwurfs, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1838, S. 431 ff; 1839, S. 248 ff, S. 369 ff
Schloßmann	Begünstigung in Bezug auf Geldstrafen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1903, Bd. 23, S. 660 ff
Schmitt	Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959, S. 432 ff
Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München und Berlin 1961; 14. Aufl., München 1969
Schröder	Begünstigung und Hehlerei, Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld zu seinem 80. Geburtstag, Berlin 1949, S. 161 ff
Schröder	Die Koordinierung der drei Begünstigungstatbestände, NJW 1962, S. 1037 ff
Schröder	Die Rechtsnatur der Begünstigung und Hehlerei, MDR 1952, S. 68 ff
Schröder	Die Unternehmensdelikte, Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 457 ff
v. Schwarze	Begünstigung und Hehlerei, Der Gerichtssaal 1872, Bd. 24, S. 368 ff
Siebenhaar	Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1884, Bd. 4, S. 245 ff
Sieverts	Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Hamburg 1934
Spendel	Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, S. 1881 ff
Stenglein	Begünstigung und Beihilfe zur Selbstbefreiung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft1884, Bd. 4, S. 487 ff

Villnow	Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei nach dem heutigen gemeinen Recht, Breslau 1875
Waldthausen	Über Begünstigung, Goltdammers Archiv für Strafrecht 1881, Bd. 29, S. 375 ff
Weber, H. v.	Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Bonn 1948
Weber, H. v.	Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena 1935
Wehrle-Eggers	Deutscher Wortschatz, 12. Aufl., Stuttgart 1961
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 1o. Aufl., Berlin 1967
Welzel	Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., Göttingen 1961
Wilda	Das Strafrecht der Germanen, Aalen 1960, Neudruck der Ausgabe 1842
Wolf, Erik	Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, Veröffentlichungen der Schleswig-Holst. Universitätsgesellschaft Nr. 34, Breslau 1931
Zimmerl	Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 237, Breslau 1928

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

aaO	am angegebenen Ort
Anm	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Bd	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung

DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe (vereinigt mit Juristische Wochenschrift)
E	Entwurf
FN	Fußnote
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer
GS	Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen
(GS)	Großer Senat
Hann Rspfl	Hannoversche Rechtspflege
Holtz. Handbuch	Handbuch des deutschen Strafrechts von v. Holtzendorff
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung.
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg
l.Sp.	linke Spalte
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Nds Rechtspfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG St	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OT	Obertribunal
RG	Reichsgericht
RG St	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RMG	Reichsmilitärgericht
RNr.	Randnummer
r.Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil

VDB	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil
VRS	Verkehrsrechts - Sammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Einleitung	1
B. Hauptteil	4
Erstes Kapitel:	4
Wahl des Begriffes "Beistand leisten"	
I. Irreführende Kennzeichnung der Handlung des Begünstigers	4
1. Begünstigung als Beihilfe zur Selbstbegünstigung	4
2. Begünstigung als nachfolgende Beihilfe zu der Vortat	5
3. Strafgrund der Begünstigung: Unterstützung des Vortäters?	7
a) Strafgrund der Strafvereitelung	8
b) Strafgrund der Vorteilssicherung	8
II. Historischer Rückblick	9
1. Das Römische Recht	10
2. Das Deutsche Recht	11
3. Die Italienischen Praktiker	11
4. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.	12
5. Die Zeit bis zum Jahre 1871	14
Zweites Kapitel:	17
Auslegung des Begriffes "Beistand leisten"	
I. Wortinterpretation	17
II. Das die Begünstigung charakterisierende Element: Erfolg der Handlung oder Begünstigungstendenz	18
Erster Teil:	19
Eintritt der Strafvereitelung oder Vorteilssicherung als erforderlicher Erfolg	
Zweiter Teil:	19
Begünstigung als Erfolgsdelikt oder Unternehmenstatbestand	

Seite

Erster Abschnitt: 19
Begünstigung als schlichtes Tätigkeitsdelikt und als Unternehmenstatbestand

1. Konsequenzen dieser dogmatischen Einordnung 20

2. Lösungswege der Vertreter der Versuchsauffassung 21

a) Meinung der Rechtsprechung 22

b) Kritische Würdigung 23

aa) Strafgrund des Versuchs 23

bb) Einheitliche Regelung für alle Delikte 25

cc) Vorwurf der Inkonsequenz 25

dd) Ergebnis 26

c) Kritische Darstellung der Schrifttumsmeinung 27

d) Gesamtergebnis 30

3. Vertreter der Literatur, die alle Konsequenzen ziehen 30

a) Problem: Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt 31

b) Darstellung der Meinung 32

c) Kritik 35

aa) Einwand des Wahndelikts 35

bb) Einwand der Erforderlichkeit der Eignung der Beistandsleistung 36

cc) Einwand aus dem Wortlaut des § 257 StGB 37

dd) Rechtsstaatliche Bedenken 39

d) Ergebnis 41

4. Ergebnis des ersten Abschnitts und Folgerungen aus den Untersuchungen für die weitere Prüfung 42

Zweiter Abschnitt: 42
Eignung der Handlung als erforderlicher Erfolg

1. Problemstellung und Konsequenzen 42

Seite

2. Kritische Darstellung des Meinungsstreits 43

a) Die Rechtsprechung 43

b) Kritische Würdigung 45

c) Die mit der Rechtsprechung übereinstimmenden Vertreter der Literatur 49

aa) v.Bar, Lobe, v.Olshausen, Schloßmann 50

bb) Auseinandersetzung mit den Argumenten von Jagusch 50

cc) Schröders frühere Meinung 54

d) Die Gegenmeinung 55

aa) Meinung, die den Strafbarkeitsbereich auf untauglichen Versuch insgesamt erstreckt 55

bb) Kritik 56

cc) Übrigen Vertreter der Meinung 57

(1) Hälschner 57

(2) Welzel, Dreher, Schröder heute 58

(3) Schröders Begründung 58

3. Kritik an Schröders Begründung 59

a) Konsequenzen der Auffassung Schröders 60

b) Bedürfnis der Koordinierung der Begünstigungsvorschriften 62

4. Kritik an der Gegenmeinung und eigene Begründungsversuche 63

a) Vergleich mit der Beihilfevorschrift 63

b) Die Vorschrift des § 257 Abs. 3 StGB 66

c) Begünstigung und Beihilfe im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung der Vortat 70

5. Zwischenergebnis 71

6. Einwand gegen das Ergebnis de lege ferenda 71

7. Ergebnis 74

Seite

Dritter Teil: 75
Gefährdung der Rechtspflege als erforderlicher Erfolg

III. Genaue Spezifizierung des Merkmals der Eignung. Feststellung des zu fordernden Intensitätsgrades der Gefährdung der Rechtspflege 76

1. Problemstellung 77

a) Meinung der Rechtsprechung 77

b) Kritische Würdigung 80

c) Meinung der Lehre 80

aa) Vertreter, die Eignungserfordernis konkretisieren 81

bb) Vertreter, die Besserstellung des Vortäters verlangen 81

d) Kritik an der Besserstellungstheorie 85

e) Zwischenergebnis 89

2. Zu fordernder Intensitätsgrad der Gefährdung der Rechtspflege 90

a) Begriffe der "Gefahr" und "Gefährdung". Differenzierung von "Möglichkeit" und "Wahrscheinlichkeit" 90

b) Definition der Eignungsformel in Rechtsprechung und Lehre 96

c) Kritik an dieser Definition 97

aa) Erste Fallgruppe: unbeendete Tätigkeiten 97

bb) Zweite Fallgruppe: Vorbereitungshandlungen 99

cc) Dritte Fallgruppe: mittelbare Förderungshandlungen 101

d) Zwischenergebnis 105

e) Ermittlung des Gefährdungsgrades an Hand des Unrechtsgehaltes 105

aa) der Strafvereitelung 106

bb) der Vorteilssicherung 108

3. Ergebnis 109

C. Zusammenfassung der Ergebnisse 109

A. Einleitung.

Zu den Strafvorschriften, die in ihrem Tatbestand seit Erlaß des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 unverändert geblieben sind, gehört die Strafbestimmung des § 257 StGB. Man sollte daher meinen, eine solche Vorschrift, die nahezu hundert Jahre in Kraft sei, habe mittlerweile eine so gefestigte Auslegung erfahren, daß ihre tatbestandlichen Voraussetzungen keine nennenswerte Zweifelsfrage mehr aufwerfe. Indes bietet sich ein ganz anderes Bild. Nach wie vor sind etliche Streitfragen im Rahmen des Begünstigungstatbestandes zu verzeichnen. Eine dieser Fragen betrifft das Merkmal des "Beistandleistens", und zwar die Anforderungen, die an die Beschaffenheit der Beistandsleistung zu stellen sind. Umstritten ist insoweit, ob bereits jede Handlung, die auf eine Strafvereitelung oder eine Vorteilssicherung gerichtet ist, als Beistandleisten anzusehen ist oder ob die Begünstigungshandlung eine bestimmte objektive Qualität aufweisen muß. Soweit eine objektive Qualität gefordert wird, ist strittig, ob ein Begünstigungserfolg in Gestalt einer tatsächlichen Verbesserung der Lage des Begünstigten erzielt sein muß oder ob die objektive Eignung zu einem derartigen Erfolg genügt.

Die Entscheidung der angeschnittenen Streitfragen ist von großer praktischer Bedeutung. Von ihr hängt ab, wann die Straftat der Begünstigung vollendet ist und wo demgemäß, da der Versuch der Begünstigung nicht unter Strafe gestellt ist, die Strafbarkeitsgrenze dieser Tat liegt. Unabhängig davon, wie die Entscheidung ausfällt, tritt als weiteres Problem beim Merkmal der "Beistandsleistung" die Frage auf, ob die Ausführungshandlung sich als unmittelbarer Angriff gegen das in § 257 StGB geschützte Rechtsgut darstellen muß oder ob auch eine mittelbare Begünstigungshandlung ausreicht.

Zur Erläuterung der Problematik mögen folgende Fälle dienen:

Fall 1: Der dem Vortäter geleistete Beistand hat die Strafvereitelung bewirkt:

Der einschlägig vorbestrafte A hat bei einem Einbruch in ein Juweliergeschäft wertvolle Schmuckstücke entwendet. Die Polizei ist ihm auf der Spur, da sie seine Arbeitsweise inzwischen

kennt.

Seine Freundin B möchte ihn vor der verdienten Strafe bewahren. Sie liefert ihm eine Perücke und einen falschen Bart, macht von dem auf diese Weise veränderten A Paßphotos, besorgt einen falschen Paß und gibt ihm Geld zur Überfahrt nach Amerika. Es gelingt dem A, auf Grund dieses Beistandes in Chikago unterzutauchen.

Fall 2 (Abwandlung des Falles 1): Der dem Vortäter geleistete Beistand hat die Strafvereitelung n i c h t bewirkt; die Beistandsleistung war aber allgemein geeignet, den Erfolg herbeizuführen:

A wird, als er mit Perücke und Bart gerade das Haus der B zur Abreise verlassen will, von einem Polizeiposten gestellt.

oder (Fall nach RG St 21, 375):

F vertrieb Lose außerpreußischer Lotterien, die nicht mit Königlicher Genehmigung in Preußen zugelassen waren. Als die Polizei eines Tages zur Durchsuchung seines Lokales erscheint, nimmt der Lehrling L das Geschäftsbuch seines Lehrherrn F an sich, worin die Namen der Loskäufer und die verkauften Lose unerlaubter Lotterien eingetragen waren. Als L heimlich durch den hinteren Eingang des Geschäftsraumes das Buch wegzuschaffen versucht, wird er dabei ertappt.

Fall 3: Der dem Vortäter geleistete Beistand hat die Strafvereitelung n i c h t bewirkt und hätte sie auch n i c h t bewirken können. Der Täter glaubte jedoch an die Wirksamkeit seiner Beistandshandlung:

Gegen A, der einen Betrug begangen hat, ist das Strafverfahren eröffnet. Sein Freund B will eine Verurteilung verhindern, schleicht sich deshalb ins Gerichtsgebäude und entfernt aus der Strafakte gegen A Beweismittel, die er für belastend hält. In Wahrheit entnimmt er aber die einzigen den A entlastenden Beweismittel.

Fall 4: Der dem Vortäter zwecks Vorteilssicherung geleistete Beistand hat keinen Erfolg gehabt; die bisherige Beistandsleistung war noch nicht geeignet:

(Fall nach RG St 55, 178):

Die Diebe A und B hatten ihre Beute in einem Strohschober

verborgen. Der Bestohlene entdeckte das Versteck und legte sich dann auf die Lauer. C wollte die Diebesbeute nach Absprache mit A und B aus dem Schober abholen und sie über die nahe Kreisgrenze bringen. Als er sich in der Nacht an den Schober heranschleicht, wird er von dem auf der Lauer liegenden Bestohlenen festgenommen.

Fall 5: Zum Zwecke der Strafvereitelung hat der Begünstiger eine den Vortäter m i t t e l b a r fördernde Handlung vorgenommen:

A überredet den Zeugen eines Mordes dazu, in der Hauptverhandlung gegen den Vortäter B falsch auszusagen. Der Zeuge sagt daraufhin falsch aus.

Fall 6: Fallgestaltung wie 5; jedoch erfolglose mittelbare Unterstützung:

A will den Zeugen eines Mordes zur Falschaussage zugunsten des Vortäters B in der Hauptverhandlung überreden; der Zeuge lehnt aber sofort ab.

B. Hauptteil.

Erstes Kapitel.

Will man Klarheit über die Tragweite des Merkmals "Beistandleisten" gewinnen, so liegt es nahe, zunächst einmal zu erforschen, warum der Gesetzgeber zur Kennzeichnung der Handlung des Begünstigers[1] den Begriff "Beistandleisten" gewählt hat.

I. Eine solche Untersuchung erscheint schon deswegen angezeigt, weil nämlich die Formulierung "wer ... dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um ..." irreführend und geeignet ist, eine Anzahl falscher Gedankengänge auszulösen.

1. Fragt man sich, wobei denn dem Vortäter B e i s t a n d geleistet werden soll, so kann die Antwort nur lauten: zu dem eigenen Bemühen des Vortäters, sich der Strafe zu entziehen oder die Beute zu behalten. Die Beistandsleistung wäre dann eine Unterstützung und Förderung des Vortäters zu dessen strafvereitelnden oder vorteilssichernden Maßnahmen und Vorkehrungen.

Der Vortäter wird jedoch nach unserem Strafrechtssystem nur für die A u s f ü h r u n g der strafbaren Handlung zur Verantwortung gezogen. Das w e i t e r e Verhalten, durch das der Täter sich den rechtlichen Folgen seiner Straftat entziehen will, ist strafrechtlich irrelevant. Die Selbstbegünstigung des Täters ist straflos. Deshalb kann es nach allgemeinen Grundsätzen keine strafbare Mitwirkung daran geben[2]. Die Begünstigung wäre dann eine zur selbständigen Straftat erhobene Beihilfe zu einer straflosen Haupttat[3]. In der strafbaren Beihilfe zur straflosen Selbstbefreiung des Gefangenen wäre eine Parallele zu sehen (vgl. §§ 120 Abs. 1 Fall 2, 121 Abs. 1 Fall 2, 347 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 StGB).

Es besteht heute Einigkeit darüber, daß ein Zusammenwirken mit dem Vortäter nicht erforderlich ist. Die Begünstigung kann ohne

---

1) Der Gesetzgeber selbst verwendet den im allgemeinen Sprachgebrauch wenig üblichen Ausdruck "Begünstiger" - statt des "Begünstigenden" - in § 247 Abs. 3 StGB; vgl. auch § 37 PrStGB

2) Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 859 ff (862) Grundsatz der sog. Akzessorietät, vgl. Schönke-Schröder, Vorbem § 47 RNr. 78 ff

3) Beling in VDB, Bd VII, S. 21/22; Binding, Lehrb., II.Bd, 2.Abteil., S. 642

Zustimmung, ohne Kenntnis und sogar gegen den Willen des Begünstigten begangen werden[4]. Insoweit ist Binding[5] zuzustimmen, wenn er ausführt: "Die Begünstigung ist aber ihrem Wesen nach gar keine Beistandsleistung, weil sie nicht einen auf Strafvereitelung ausgehenden Begünstigten voraussetzt. Wohl ist möglich, daß dieser auf das gleiche Ziel hinarbeitet, wie der Begünstiger, und daß dieser sich dann mit jenem in Beziehung setzt und ihn zu fördern sucht: aber nötig ist das Alles gar nicht!"

2. Auch weist das "Beistandleisten" nicht auf eine Hilfeleistung im Sinne des § 49 StGB zu dem Vergehen des Begünstigten hin[6]. Liegt die Vortat als abgeschlossene Tatsache in der Vergangenheit, so ist es logisch undenkbar, das einmal begangene Verbrechen oder Vergehen fördern zu wollen. Sobald die Vortat formell und materiell beendet ist, kann nur noch dem V o r t ä t e r eine Förderung zuteil werden. Selbst wenn die Wirkungen der Vortat noch gesteigert werden könnten, wäre eine Teilnahme an deren B e g e h u n g nicht möglich[7].

Eine dem Vortäter in dem Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung der Vortat gewährte Unterstützung ist allerdings auch als Beihilfe zur Haupttat denkbar. Als Hilfeleistung im Sinne des § 49 StGB ist sie zu werten, wenn der Wille des Handelnden auf eine Förderung der Vortat gerichtet ist[8]. Die Beihilfe ist gekennzeichnet durch den Willen und die Vorstellung des Gehilfen, sein Beitrag werde der Durchführung der Haupttat förderlich sein. Im Unterschied zur Teilnahme am Verbrechen richtet sich der Wille des Begünstigers weder auf die Begehung noch auf die Unterstützung der Vortat. Er braucht diese nicht einmal nachträglich zu billigen, ja er kann sie scharf verurteilen, dennoch dem Vortäter

---

4) RG St 36,76 (78); RMG Bd 6, 118 (119); Allfeld-Meyer, Lehrb., S. 574; Binding, Normen, Bd 2, Teil 2, S. 1086; Bockelmann, Strafr.Untersuchungen,S. 196 FN 14; Ghan, S. 28; Olshausen, II. Bd, § 257 Anm 7, S. 1292; anders noch Villnow, Raub etc., S.83; anders bezüglich "gegen den Willen": Gretener, S. 141 und Waldthausen in GA 1881, S. 394

5) Normen, aaO, S. 1086; ebenso Hälschner, Bd 2, Abteil.2,S.876/877, der ausführt, daß die Bezeichnung der Begünstigung als Beistandsleistung deshalb besser vermieden worden wäre.

6) RG St 4, 60 (60/61); Baumann in JuS 1963, S. 51 (55 l.Sp.); Ghan, S. 27

7) Binding, Lehrb., II.Bd, 2.Abteil.,S. 640; Gretener, S. 98

8) Zur Abgrenzung zwischen Beihilfe und Begünstigung in diesem Zeitraum vgl.: RG St 58, 13 (15); BGH St 4, 132 (133); Baumann in JuS 1963, S. 51 (55 l.Sp.); Furtner in MDR 1965,S. 431

seine Hilfe gewähren.

Trotz dieser Unmöglichkeit der Förderung einer beendeten Vortat und der unterschiedlichen Willensrichtung des Teilnehmers und des Begünstigers ist lange Zeit die Meinung vertreten worden, der Begünstiger sei indirekter Teilnehmer am Vordelikt, weil er dazu beitrage, daß der Effekt des Deliktes unverwischt bleibe[9]. Die rechtswidrige Tätigkeit des Vortäters erstrecke sich über die Vollendung der Tat hinaus und die Möglichkeit einer Teilnahme an der Fortdauer der Rechtsverletzung sei solange gegeben, bis das Verbrechen seine völlige rechtliche Erledigung gefunden habe[10]. Der Begünstiger verhindere den Ausgleich der rechtswidrigen Folgen der Vortat, er greife kein besonderes Schutzgut durch seine Beistandsleistung an, sondern nur dasselbe wie das der Vortat[11].

Diese Theorie von der sog. nachfolgenden Beihilfe oder subsequenten Teilnahme (concursus subsequens)[12], die "Jahrhunderte lang die Geister beherrschte"[13], ist heute überwunden. Die Begünstigung ist ein selbständiges Delikt, von der Vortat losgelöst[14], wenn auch ein gewisser Zusammenhang insoweit nicht zu leugnen ist, als sie die strafbare Handlung des Begünstigten voraussetzt. Dieser Zusammenhang hat sich auch in der Straflimitierung niedergeschlagen, nach der die Strafe des Begünstigers, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein darf als die auf die Vortat selbst angedrohte (§ 257 Abs. 1 Satz 2 StGB)[15].

---

9) Kohler, Studien, Bd I, S. 155/156
10) v.Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 742 ff; v.Buri, Lehre von der Teilnahme, S. 85 ff; Kohler, aaO; Villnow, Raub etc., S. 62; Waldthausen in GA 1881 (Bd 29), S. 378
11) John in Holtz.Handbuch, Bd III, S. 151
12) Beling in VDB, Bd VII, S. 202; Gretener, S. 23
13) Gretener, aaO
14) Heute allgemeine Meinung, z.B.: RG St 4, 60 (60/61); 13, 134 (136); 16, 374 (375); 36, 76 (78); 57, 352 (353); 73, 331 (333); RMG Bd 6, 118 (119); Dreher, § 257 Anm 2. A; v.Hippel, Lehrb., S. 326/327; Jagusch in LK, § 257 Anm 2 a, S. 409; Schönke-Schröder, Vorbem II vor § 257
15) Zwar stellt die Vorschrift des § 257 StGB - im Gegensatz zu den Teilnahmevorschriften der §§ 48, 49 StGB - eine selbständige Strafdrohung für den Begünstiger auf, in der Straflimitierung spiegelt sich jedoch die Ansicht vom Teilnahmecharakter der Begünstigung wieder, denn auch die Strafe der Teilnehmer i.S. der §§ 48, 49 StGB ist nach der Haupttat festzusetzen.
Fortsetzung der Fußnote auf S. 7

3. Weiterhin könnte man meinen, daß das objektiv Strafwürdige der Begünstigung in einer e i n e m T ä t e r geleisteten Hilfe zu erblicken ist. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß das objektiv Strafbare nicht in der einem Delinquenten gewährten Unterstützung liegt[16]. So forderte Gretener[17], daß eine einem Verbrechen nachfolgende Tätigkeit den Grund ihrer Strafbarkeit in sich selbst tragen müsse, um strafbar zu erscheinen, allein die Beziehung auf das begangene Verbrechen vermöge ihr den Stempel der Strafwürdigkeit nicht aufzudrücken. Schon Sander[18] führte im Jahre 1838 aus, daß der Begünstiger nicht für das ohne seine Mitwirkung vorher geschehene Verbrechen, sondern nur insofern zu strafen sei, als seine Handlung für sich betrachtet einen rechtsgefährdenden Charakter habe. Die Auffassung des germanischen Rechts, daß derjenige, der einen Friedlosen länger als eine Nacht bei sich aufnehme, dadurch selbst friedlos werde[19], und wonach das Schützen und Hegen von Verbrechern als schwere Missetat galt[20], steht dem heutigen Rechtsdenken über die Begünstigung entgegen. Zwar wird das Interesse des Begünstigers häufig auf die Person des Vortäters ausgerichtet sein und der Zweck seiner Tätigkeit wird darin liegen, den Vortäter vor den Folgen seiner Tat zu bewahren. Jedoch ist "Maßstab des Unrechts nicht die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Handelnden, des Verletzers, sondern

---

15) Fortsetzung von S. 6:
Ebenso ging § 63 RStGB hinsichtlich der Teilung des Antrages bei Antragsdelikten in gewisser Weise von einem Teilnahmecharakter der Begünstigung aus, wenn er den Strafantrag grundsätzlich als unteilbar bezeichnete und anordnete, daß das gerichtliche Verfahren gegen sämtliche Beteiligte sowie gegen den Begünstiger stattzufinden habe, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen wurde. Diese Vorschrift wurde durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.Mai 1943 - RG Bl I, S. 339 - gestrichen.

Nach heutiger Ansicht hängt die Strafverfolgung des Begünstigers selbst nicht von der Stellung eines Strafantrages ab, mag auch die Vortat ein Antragsdelikt sein. Allerdings ist eine Bestrafung wegen persönlicher Begünstigung erst nach Stellung des Antrages bezüglich der Vortat möglich, da die persönliche Begünstigung das Vorhandensein eines staatlichen Strafanspruches für die begünstigte Vortat voraussetzt (zu diesem Problem genauer unten, S.30ff). Vgl.: RG St 57, 81 (82); 75, 234; Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 874; Jagusch in LK, § 257 Anm 2 a, S. 409; Maurach, BT, § 80 II A 2, S. 730; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 12 und 58

16) So schon: Ghan, S. 28; Hergt in GS 1910 (Bd 76), S. 326; John, Entwurf, S. 262; Villnow, Raub etc., 1875, S. 66

17) S. 98

Fortsetzung auf S. 8

überall die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Leidenden, des Verletzten"[21].

Erscheint die Handlung des Begünstigers allein durch ihre Beziehung auf das begangene Unrecht des Vortäters nicht rechtsgefährdend und strafwürdig, so muß sich die Strafwürdigkeit der Begünstigung aus anderen Kriterien ergeben.

a) Bei der persönlichen Begünstigung oder "Strafvereitelung"[22] herrscht Einigkeit darüber, daß das Strafwürdige in dem rechtswidrigen Eingriff in die staatliche Rechtspflegeaufgabe liegt: der Täter will die Durchsetzung der staatlichen Strafgewalt verhindern[23], er will die Durchsetzung des entstandenen Strafanspruches des Staates erschweren oder vereiteln[24].

b) Die Rechtsnatur der sachlichen Begünstigung oder "Vorteilssicherung"[25] ist dagegen sehr umstritten[26]. Jedenfalls be-

---

18) Fortsetzung von S. 7:
in Archiv des Criminalrechts, 1838, S. 439

19) Vgl. Brunner-v.Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 752 ff; His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 153 ff (155/156)

20) v.Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 737

21) Mezger in GS 1924 (Bd 89), S. 250

22) Letztere Bezeichnung soll in Anlehnung an die Entwürfe eines StGB im Folgenden gebraucht werden, da sie das Wesen des § 257 Abs. 1 Fall 1 treffender bezeichnet als der überkommene Begriff der "persönlichen B.";
vgl. z.B. E 1927 und E 1930: § 201; E 1960 und E 1962: § 447

23) Schröder in MDR 1952, S. 68 r.Sp. und in JZ 1954, S. 672 l.Sp. (Anm)

24) Ständige Rechtsprechung des RG, z.B. : RG St 4, 60 (61); 36, 76 (78); 50, 364 (366); 57, 352 (353); 63, 240 (241); 73, 331 (333); 76, 122 (123); RG in "Das Recht" 1904, S. 580 Nr.2578; RG in HRR 1930, Nr. 1559; ebenso: RMG Bd 6, S. 118 (119).
Dem Kern nach ebenso, nur in der Formulierung abweichend die Literatur, z.B.: Allfeld-Meyer, Lehrb., S. 570; Beling in VDB, Bd VII, S. 62 und in "Lehre vom Verbrechen", S. 534; Binding, Lehrb., BT, Bd I, S. 382 und Normen, Bd 2, Teil 2, S. 1095; Frank, § 257 Anm I, S. 564; Geerds, Festschrift v.Hentig, S. 136; Gretener, S. 98 f; Hartung in NJW 1949, S. 327 r. Sp.; Maurach, BT, § 80 I C 2, S. 728; Rautzenberg,Diss., S. 60

25) Letztere Bezeichnung ist kein technischer Ausdruck. Er soll im Folgenden der Einfachheit halber zur Kennzeichnung des § 257 Abs. 1 Fall 2 StGB dienen - als Gegenbegriff zur Strafvereitelung.

26) Es erübrigt sich, im Rahmen dieser Arbeit näher auf diese Streitfrage einzugehen, da sie für das hier zu klärende Problem von untergeordneter Bedeutung ist. Vgl. zu dem Streit: Schröder in MDR 1952, S. 68 ff und die Dissertation von Rose "Die Rechtsnatur der sachlichen Begünstigung", 1965.
Der E 1962 stellt die Vorteilssicherung in den Abschnitt der "Straftaten gegen das Vermögen" zusammen mit der Hehlerei, § 289 E 1962.

steht auch hier das Strafwürdige nicht in einer dem Vortäter zu seiner Vortat geleisteten Hilfe. Es wird vielmehr erblickt:

in der Hemmung der staatlichen Rechtspflege: der Täter will verhindern, daß der dem Gesetz entsprechende Zustand wiederhergestellt wird[27];

in der Verhinderung der Entziehung der Vorteile durch die Rechtsordnung, in der Erschwerung der Restitution[28];

in der Aufrechterhaltung einer durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage[29] oder darin, daß

der Begünstiger sich der Gerechtigkeit in den Weg stellt und damit das Sühnebedürfnis der Allgemeinheit vereiteln will; denn zur Sühne gehöre nicht nur, daß der Delinquent seine Strafe verbüße, sondern die Gerechtigkeit fordere auch, daß ihm die Vorteile, die er durch den Rechtsbruch erlangt habe, wieder abgenommen würden[30].

Wenn demnach die Formulierung des § 257 StGB derart irreführend ist, so fragt man sich, warum der Gesetzgeber zur Kennzeichnung des tatbestandsmäßigen Verhaltens des Begünstigers das objektive Tatbestandsmerkmal "Beistandleisten" gewählt hat.

II. Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der Begünstigung zeigt, daß sich der Gesetzgeber bei Abfassung des § 257 StGB[31] noch nicht hat freimachen können von der lange herrschen-

---

27) Ständige Rechtsprechung, z.B.: RG St 8, 366 (368); 54, 132 (134); 55, 18 (19); 58, 290 (292); BGH St 2, 362 (363); OLG Celle in Hann Rspfl 1946, S. 137 (138); Vertreter in der Literatur: Gerland, Lehrb., S. 378/379; Maurach in JZ 1952, S. 662 r.Sp. und in JZ 1953, S. 605 (606 l.Sp.); Olshausen, Bd II, § 257 Anm 1, S. 1288

28) Schröder in Festschrift für Rosenfeld, S. 165, 174 und in MDR 1952, S. 68 r.Sp. - Sachliche Begünstigung sei "Restitutionsvereitelung".

29) Binding, Normen, Bd 2, Teil 2, S. 1098/99; Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 195 und in NJW 1951, S. 621 r.Sp.; Rose, Zusammenfassung, Diss., S. 127/128; Welzel, Lehrb., S. 372 Sachliche Begünstigung sei "Vermögensdelikt".

30) Rautzenberg, Diss., S. 68

31) Die Vorschrift des § 257 Abs. 1 StGB geht auf den fast gleichlautenden § 37 des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851 - PrGS 1851, S. 101 (108) - zurück.
§ 37 PrStGB lautet:
"Wer nach Verübung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist als Begünstiger mit Geldbuße bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre zu bestrafen."

den Auffassung der Begünstigung als einer Form der Teilnahme, als einer Art Beihilfe nach Begehung der Tat. Die Definition des Tatbestandes als "Beistandsleistung" - so meint Beling[32] - sei ganz verhängnisvoll, die Wendung sei ein Erbstück aus der Theorie von der nachfolgenden Teilnahme.

1. Das Römische Recht.

Ein allgemeiner Begriff der Begünstigung im Sinne der heutigen Lehre war dem Römischen Rechte fremd[33]. In der republikanischen Zeit ist der älteste Fall der Begünstigung die Verhehlung der gestohlenen Sachen im Einverständnis mit dem Diebe. Die Handlung wird nach dem Zwölftafelrecht unter der Benennung des "furtum conceptum" als besonderes Eigentumsdelikt dem Furtum zur Seite gestellt (Gajus, Instit. III, S. 186)[34]. Die "actio furti concepti" fand allerdings nur gegen denjenigen statt, bei dem die gestohlenen Sachen mittels feierlicher Haussuchung gefunden wurden; dieser mußte den dreifachen Wert der Sache als Strafe zahlen[35]. Weiterhin wurden in dem "Scum de Bacchanalibus" diejenigen bestraft, die verfolgte Personen verborgen hielten oder ihnen zur Flucht behilflich waren (Livius, Lib. 39, c. 17)[36].

Daß andere Fälle von Begünstigung in der Zeit der Republik bestraft wurden, ist bisher nicht nachgewiesen[37]. Erst in der Kaiserzeit entwickelte sich das "crimen receptatorum", das die persönliche und die sachliche Begünstigung in ihren Hauptanwendungsfällen - nämlich die Unterstützung des flüchtigen Verbrechers und die Aufnahme des gestohlenen Gutes - umfaßte[38]. Allerdings wurden als "receptatores" nur diejenigen Personen angesehen, die Räubern und Dieben Unterkunft gewährten[39].

Das "crimen receptatorum" der römischen Kaiserzeit ist als

---

32) VDB, Bd VII, S. 202
33) Gretener, S. 5; Mommsen, Röm.Strafrecht, S. 747 Nr. 7
34) v.Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 737; Köhler in GS 1902, Bd 61, S. 49; Mommsen, aaO, S. 747
35) v.Bar, aaO; Gretener, S. 5; Mommsen, aaO
36) v.Bar, aaO; Gretener, S. 6; Rein, Kriminalrecht der Römer, S. 348
37) v.Bar, aaO; Gretener, S. 6; Rein, aaO
38) Nachweise bei: v.Bar, aaO, S. 737; Geyer in Holtz. Handbuch, Bd II, S. 419/420; Ghan, S. 2/3; Gretener, S. 6 ff; Köhler in GS 1902, Bd 61, S. 49; Mommsen, aaO, S. 775; Rein, aaO, S. 347 ff
39) v.Bar, aaO; Mommsen, aaO; Rein, aaO, S. 349

durchaus selbständiges - crimen extraordinarium -[40] Delikt behandelt worden; es kann nicht angenommen werden, daß die Römer den Begünstiger als nachfolgenden Teilnehmer aufgefaßt hätten[41].

2. Das Deutsche Recht.

Wie im Römischen Recht fehlt auch im germanischen Rechte ein allgemeiner Begriff und eine technische Bezeichnung der Begünstigung. Die deutschen Rechtsquellen bieten jedoch eine reiche Fülle von Bestimmungen, die sich auf dieses Vergehen beziehen[42].

Im altgermanischen Rechte bestand in gewissem Umfang eine allgemeine Verpflichtung, zur Unterstützung der Strafrechtspflege eine positive Tätigkeit zu entfalten, da dem germanischen Staate zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens nur geringe Mittel zu Gebote standen[43]. Demgemäß wurde das Schützen und Hegen von Verbrechern als schwere Missetat, als Auflehnung gegen das Gemeinwesen behandelt. Das Aufnehmen und Erwerben gestohlener Sachen wurde mit der Strafe des Diebstahls bedroht[44].

Diese Ansicht von der hohen Strafwürdigkeit des Begünstigers erhielt sich durch das ganze Mittelalter hindurch. Der Begünstiger wurde fast ausnahmslos dem Begünstigten gleichgestellt, er galt als Genosse des Täters. Die Begünstigungshandlungen wurden als eine Art der Beteiligung am vorhergehenden Verbrechen aufgefaßt[45].

3. Die Italienischen Praktiker.

Die italienischen Praktiker - schon die italienischen Kriminalisten des XIV. Jahrhunderts[46] - haben drei verschiedene Arten der B e i h i l f e unterschieden: eine vorhergehende (ante

---

40) Geyer in Holtz. Handbuch, Bd II, S. 420; Rein, Kriminalrecht der Römer, S. 349

41) Nachweise bei: Binding, Lehrb., Bd II, Abteil. 2, S. 632 FN 3; Ghan, S. 3; Gretener, S. 12; Köhler, aaO; vgl. auch die zahlreichen Zitate bei Mommsen, aaO, S. 99, in denen neben der Täterschaft auch Fälle der Teilnahme bedroht sind, der Begünstiger aber nicht als Teilnehmer erwähnt wird.

42) Nachweise bei: v.Bar, aaO, S. 737 f; Gretener, S. 14 ff

43) v.Bar, aaO; Gretener, S. 14

44) v.Bar, aaO; Gretener, S. 15 ff, 17

45) Gretener, S. 22; Köhler in GS 1902, Bd 61, S. 49; Belegstellen bei: Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 636

46) Gretener, S. 23

delictum), eine gleichzeitige (in ipso delicto) und eine n a c h f o l g e n d e (post delictum). In ihren Schriften finden wir die Vorstellung der Begünstigung als einer nachfolgenden Beihilfe oder subsequenten Teilnahme[47]. Der Schwerpunkt wurde auf die Handlung des Begünstigers, auf die Unterstützung des Vortäters, gelegt. Gretener[48] führt sehr treffend aus:

" Faßte man einmal das Helfen, die Unterstützung des Verbrechers als das Wesen der Begünstigungshandlungen, so war es nur consequent, einen allgemeinen Begriff nachfolgender Hülfleistung zu construiren."

4. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (constitutio criminalis carolina) von 1532.

In der Auslegung der Bestimmungen der Carolina, die auf die Begünstigung (und Hehlerei) bezogen werden können - nämlich Art. 40 und Art. 177[49]-, herrscht keine Übereinstimmung[50]

---

47) Nachweise bei v.Bar, aaO, S. 739 FN 260 und 260 a unter Anführung der Italiener: GANDINUS, MENOCHIUS, ARETINUS und CLARUS; ferner bei: Allfeld-Meyer, Lehrb., S. 571 Anm 4; Binding, Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 631; Ghan, S. 5; Gretener, S. 23 ff; Mezger in ZStW 1940 (Bd 59), S. 553/554

48) S. 27 f

49) Die Artikel lauten (abgedruckt in Kohler-Scheel, S. 28/29 und S. 94):
Art. 40 Vonn genugsamen Verdacht derjhenen, so Raubern oder Diebenn hellffen.
Jtem so einer vonn gerauptem oder gestolem gut peuth oder theill nymbt, oder so einer die thätter wissenntlich vnnd geferlicher weise Etzet oder drenckt, Auch die thätter oder obgemelt vnrecht gut gar oder zum theill wissenntlich annympt, heimlich verbyrgt, beherberigt, verkaufft oder vertreibt, Oder so ymandt den thättern sunst jnn andere dergleichenn wege geferlich furderung, Rathe oder beistanndt thutt Oder jnn jren thatten vnzimblich gemeynschafft mit jnen hett: Jst auch ein anzeigung, peinlich zu fragenn.
Jtem so einer gefanngen heimlich hellt, die jme enntlauffen vnnd anzeigen, wo sy gelegen seindt, Meher so ein verdachtlicher, dem man jnn der sach nit viell guts vertraut, Aber partheilich vnnd vff der thatter seittenn auss guten vrsachen hellt, on vorwissen des gefangen obrigkeit Vertrege vmb schatzung macht vnd die schatzung einnympt oder burg daruber wirdt: disse ding alle in beden obbemellten Artickeln samentlich vnnd sonnderlich seind warzeichen, die ein Redliche annzeigung, der missthatigen hillff halber, machen, vnd peinlich zu fragen.

Art. 177: Vonn straff der furderung, Hillff vnd Beistand der Missteter.
Fortsetzung auf S. 13

Bestritten ist, ob die Begünstigung in diesen Artikeln überhaupt für strafbar erklärt wird oder ob sie als nachfolgende Teilnahme am Verbrechen im weitesten Umfang in diesen Bestimmungen unter Strafe gestellt ist.

Eine unbefangene Interpretation der Art. 40 und 177 muß zu dem Ergebnis gelangen, daß die C.C.C. die Begünstigung unter dem Gesichtspunkt einer nachfolgenden Hilfeleistung betrachtet hat[51].

Der Text des Art. 40 der C.C.C. gibt eine Beschreibung des Tatbestandes der Hehlerei in bezug auf Raub und Diebstahl. Die Tätigkeit dieser Hehler wird in der Überschrift des Artikels als ein "hellffen" bezeichnet. Diese Hilfe kehrt in Art. 177, der die Beihilfe unter Strafe stellt, wieder; daneben spricht Art. 177 im Text und in der Überschrift noch von "furderung" und "Beistand". Im Texte des Art. 40 erscheinen dieselben Begriffe und zwar als Umschreibungen für die Tätigkeiten der Hehler:

"Oder so ymandt den thättern sunst jnn andere dergleichenn wege geferlich furderung, Rathe oder beistandt thutt ..."

Der Gesetzgeber charakterisiert demnach in Art. 177 die Tätigkeit des Gehilfen mit denselben Ausdrücken, mit denen er in Art. 40 die Handlungsweise der Hehler kennzeichnet. Hieraus kann geschlossen werden, daß in Art. 177 der C.C.C. unter der dem "missethatter" geleisteten Hilfe auch die nachfolgende Beihilfe zu verstehen ist. Der Schöpfer der C.C.C. hat sich in der Auffassung der Begünstigung dem Einfluß der italienischen Lehre nicht entziehen können[52].

---

49) Fortsetzung von S. 12: Art. 177:
Jtem so jemanndt einen missethatter zu vbung einer Missenthat wissenntlichen vnnd geferlicher weise einicherley Hillff, beistand oder furderunge, wie das alles namen hatt, thut: jst peinlich zu straffen, als aber vorstehet, in einem fall anders dan in dem andern: Darumb sollenn jnn dissen fellen die vrtheiller mit berichtung der verhanndlunge, auch wie solliches ann leib oder leben soll gestrafft werden, alls obsteet, Raths pflegen.

50) Vgl. Gretener, S. 29 ff mit zahlreichen Nachweisen,

51) Binding, Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 632; Gretener, S. 37; Köhler in GS 1902, Bd 61, S. 50

52) Binding, aaO; Gretener, S. 31; Köhler, aaO

5. Die Zeit nach der C.C.C. bis zum Erlaß des Reichsstrafgesetzbuchs im Jahre 1871.

In der Zeit von der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland bis zum 19. Jahrhundert steht die deutsche Doktrin in Auffassung und Behandlung der Begünstigung auf dem Standpunkt der Italiener. Die Begünstigung wurde vorwiegend als eine Form der Teilnahme an dem Delikt des Begünstigten aufgefaßt[53].

Mit dieser Auffassung stimmen die Partikulargesetzbücher des 19. Jahrhunderts überein, indem sie die Vorschriften über die Begünstigung in den Allgemeinen Teil stellen im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Teilnahme am Verbrechen. Es besteht nur insofern eine Verschiedenheit, als einzelne Gesetzbücher die Begünstigung direkt unter die Teilnahme stellen, während sie in den anderen neben oder im Anschluß an die Bestimmungen über die Teilnahme ihre Normierung findet[54].

Beispiele:

1. StGB für das Königreich Baiern -sic- vom 1. Oktober 1813[55]: die Art. 84 und 85[56] stehen im 3. Kapitel unter der Überschrift: "Von dem Versuch, von der Fahrlässigkeit und von der Teilnahme".

---

53) Binding, aaO, S. 630 ff; Beling in VDB, Bd VII, S. 10; Geyer in Holtz. Handbuch, Bd II, S. 418 ff (420); Gretener, S. 37; Mezger in ZStW 1940, Bd 59, S. 555, 559 f

54) Vgl. dazu Gretener, S. 46

55) V. Feuerbach ist der Bearbeiter dieses Gesetzbuchs. Er hatte in seinem Lehrbuch, § 53, S. 96/97 die Begünstigung als subsequente Teilnahme aufgefaßt.

56) Das Bay.StGB bestimmt in Art. 84 und Art. 85:
Art. 84:
"Wer nach vollbrachter Übertretung einem Übeltäter durch pflichtwidriges Tun oder Unterlassen in Bezug auf die begangene Übertretung, beförderlich ist, ohne ihm jedoch vor Vollendung der Tat solche Unterstützung versprochen zu haben, macht sich der Begünstigung schuldig."
Art. 85:
"Wer Übeltäter bei sich aufnimmt oder verbirgt, wer ihnen zur Flucht, zur Unterdrückung der Spuren oder Beweismittel ihres Verbrechens behilflich ist; wer die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen wissentlich bei sich aufnimmt, verbirgt, an sich kauft, bei Andern durch Verkauf oder sonst unterbringt, der soll, wenn er solche Begünstigungen wie ein Gewerbe betreibt, gleich dem Gehilfen des 2. Grades bestraft werden."

2. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838: Art. 38[57] steht im Ersten Teil, 5. Capitel: "Von der Teilnahme an einem Verbrechen, der Beihülfe und Begünstigung".

Auch in den die Begünstigungshandlungen kennzeichnenden Begriffen kommt die Auffassung der Begünstigung als einer Art der Beihilfe zum Ausdruck:

Das Bay.StGB von 1813 formuliert in Art. 84:

"Wer ... einem Übeltäter ... in Bezug auf die begangene Übertretung beförderlich ist ..."

Das Sächsische Criminalgesetzbuch von 1838 kennzeichnet die Tätigkeit des Begünstigers in Art. 38 als "Beihülfe leistet".

Das Hessische StGB von 1841 definiert in Art. 87[58]:

"Wer ... dem Urheber oder Gehülfen in Beziehung auf das Verbrechen wissentlich Vorschub leistet ..."

Nach dem Hamburgischen StGB von 1869[59] ist gemäß Art. 52 Begünstiger, wer

"... dem Verbrecher erst nach der Tat in Beziehung auf das Verbrechen Vorschub leistet, indem er ihm hinsichtlich der Sicherung oder des Genusses der Vorteile aus dem Verbrechen förderlich oder zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung behilflich ist".

Alle diese Begriffe sind nach allgemeinem Sprachgebrauch dem "Beistandleisten" des § 257 StGB verwandt[60]. Die Vorschrift des § 257 StGB geht aber im Kern auf § 37 des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851 zurück. Es ist aus der damaligen Auffassung der Begünstigung verständlich, daß der preußische Gesetzgeber die Begünstigung in den Allgemeinen Teil stellte unter dem Titel: "Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen" und zur Kennzeichnung des begünstigenden Verhaltens den Ausdruck "Beistandleisten" wählte. Aber schon damals wurde

---

57) Art. 38 besagt:
"Wer einem Verbrecher nach vollbrachter Tat durch Verhehlung oder Unterstützung zur Flucht, durch Verbergung oder Wegschaffung der Gegenstände des Verbrechens, durch Unterdrückung oder Vernichtung der Spuren oder Anzeichen der strafbaren Handlung Beihülfe leistet, ist als Begünstiger des verübten Verbrechens zu bestrafen.

58) Art. 87 ist abgedruckt bei v.Buri, Teilnahme, S. 102/103

59) Art. 52 ist abgedruckt bei Beling in VDB, Bd VII, S. 7

60) Beling, aaO, S. 18/19 FN 1, zieht diese in den Partikulargesetzbüchern gebrauchten Begriffe zur Auslegung des Begriffes der Beistandsleistung heran.

im Hinblick auf die Stellung der Begünstigung im System des StGB beim vereinigten ständischen Ausschusse gefordert[61],

> "daß die Lehre von der Begünstigung ganz von der der Theilnahme am Verbrechen getrennt, und, weil sie nur die Mittel zur Verfolgung der Strafzwecke verletze, unter die Vergehen gegen die öffentliche Sicherheit in den speziellen Theil verwiesen werde".

Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil von Seiten der Regierung ausgeführt wurde[62],

> "daß doch immer eine innere Verbindung mit der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen vorhanden sei, mithin hier (also im Allgemeinen Teil) der passende Ort dafür sei".

Das PrStGB brachte aber in § 37 gleichzeitig eine besondere selbständige Strafdrohung für die Begünstigung[63]. Darin liegt ein gewisser Widerspruch zu der Auffassung der Begünstigung als einer Teilnahme am Verbrechen. So wird die Einführung der selbständigen Strafdrohung durch das PrStGB denn auch als Übergangsstufe angesehen[64] zu der späteren Auffassung, daß die Begünstigung ein selbständiges Delikt sei. Diese Ansicht hat durch die Aufnahme der Normen über die Begünstigung in den Besonderen Teil zunächst durch das StGB für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870[65] - § 257 - und dann durch das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871[66] - § 257 - Anerkennung gefunden. Die Motive[67] bezeichnen die Begünstigung ausdrücklich als ein "selbständiges Vergehen, wenn auch von akzessorischer Natur".

Da der Gesetzgeber die Begünstigung als selbständiges Delikt anerkannte, hätte er den irreführenden Begriff der Beistandsleistung besser durch eine andere Formulierung des Begünstigungstatbestandes, die nicht an die Lehre von der Teilnahme an fremder Tat anknüpft, ersetzen sollen[68].

---

61) Goltdammer, Materialien I zum PrStGB, Bd 1, S. 338
62) Goltdammer, aaO, S. 339
63) Vgl. die oben auf S. 9 FN 31) wiedergegebene Fassung des § 37 PrStGB.
64) Ebeling, Diss., S. 3; Gretener, S. 56
65) Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, S. 197 (244)
66) RG Bl 1871, S. 127 (175)
67) Teilweise abgedruckt bei Merkel in Holtz. Handbuch, Bd III, S. 736; Oppenhoff, StGB für den Norddeutschen Bund, § 257 Anm 1
68) Zur Begünstigung "de lege ferenda" siehe unten, S. 71 ff

Zweites Kapitel.

Da der Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Begünstigung sich für die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen an die Beschaffenheit der Begünstigungshandlung zu stellen sind, als unergiebig erwiesen hat, gilt es nunmehr, durch Auslegung des Merkmals "Beistandleisten" die Begünstigungshandlung einzugrenzen.

I. Bei der Auslegung des Begriffes "Beistandleisten" ist zunächst vom Wortlaut auszugehen, denn Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext. Die Wortinterpretation findet ihre Grenze in der der Allgemeinheit noch verständlichen und zugänglichen Wortbedeutung[1].

Mit dem Begriff "jemandem Beistand leisten" sind nach allgemeinem Sprachgebrauch folgende Begriffe identisch oder verwandt: zu Diensten sein, Hilfe leisten, mitwirken, Unterstützung angedeihen lassen, Vorschubleisten, Erleichterung gewähren, förderlich sein, den Weg ebnen, eine Handreichung gewähren[2].

Aber alle diese Ausdrücke besagen noch nichts Genaues über die Tätigkeit des Begünstigers im konkreten Einzelfall. Es sind die verschiedenartigsten Handlungen denkbar, die alle zu einer Bestrafung des Handelnden wegen Begünstigung führen können. Eine genaue Eingrenzung des Merkmals "Beistandleisten" ist von dessen Wortlaut her nicht möglich. Es ist daher Schröder[3] zuzustimmen, wenn er diesen Begriff als "farblos" bezeichnet. Zu weit geht jedoch Binding[4], wenn er den Worten "Beistand leisten" jegliche Bedeutung abspricht. Das Beistandleisten ist im § 257 StGB als objektives Tatbestandsmerkmal sowohl der Strafvereitelung als auch der Vorteilssicherung enthalten. Der Gesetzgeber hätte den Tatbestand des § 257 StGB auch in einzeln aufgezählte Tätigkeiten zersplittern können. An Stelle einer solchen Kasuistik hat er

---

1) BGH St 14, 116 (118) = NJW 1960, S. 839 r.Sp.; BGH in MDR 1957, S. 242 r.Sp.; BVerfG E 10, 234 (244); 11, 126 (130); Baumann, AT, S. 140 und in MDR 1958, S. 396; Larenz, Methodenlehre, S. 234, 241, 243

2) Begriffe sind entnommen: Dornseiff, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen, S. 284/285 Nr. 9/69 und Nr. 9/70 und Wehrle-Eggers, Deutscher Wortschatz, S. 55 Nr. 178 und S. 240 Nr. 707

3) Festschrift für Rosenfeld, S. 170 und in NJW 1962, S. 1038 l. Sp.; Beling in VDB, Bd VII, S. 207 formuliert: "vager, wenig umrissener Begriff"; ebenso Sieverts, Beiträge, S. 150

4) Normen, Bd 2, Teil 2, S. 1085

den umfassenden Begriff der Beistandsleistung gewählt, um sachlich unberechtigte Lücken zu vermeiden. Ohne zwingenden Grund darf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal nicht hinweginterpretiert werden[5], mag sich die Wahl des Ausdrucks auch nur auf Grund der Entstehungsgeschichte erklären.

II. Mit der Erkenntnis, daß dem Merkmal "Beistandleisten" eine Bedeutung zukommen muß, ist freilich noch nicht viel gewonnen. Der Begriff reicht wegen seiner Farblosigkeit nicht aus, um den kriminellen Gehalt der Begünstigung und dementsprechend die Tathandlung als solche hinreichend zu bestimmen[6]. Vielmehr ist das die verschiedenen Handlungsmodalitäten einigende und charakterisierende Element festzulegen.

Dieses Element kann in einem bestimmt gearteten E r f o l g d e r H a n d l u n g liegen oder aber allein in der R i c h t u n g, in der die Beistandshandlung wirksam werden soll. Die Richtung der Handlung, ihr erstrebtes Ziel, nennt das Gesetz selbst: "... um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern", also die Absicht der Strafvereitelung oder die Absicht der Vorteilssicherung.

Geht man von der Richtung der Handlung aus, d.h. von dem Erstrebten, so liegt das eine strafbare Begünstigung charakterisierende Merkmal letzten Endes allein im subjektiven Tatbestand - nämlich in der Strafvereitelungs- oder Vorteilssicherungsabsicht -, obwohl die äußere Tatseite und nicht die innere Willensbildung das Maßgebliche für die Tatbestandsverwirklichung sein sollte[7].

Aus dieser Sicht ist zu fragen, ob eine den Tatbestand des § 257 StGB verwirklichende Tätigkeit voraussetzt, daß diese zu einem äußerlich erkennbaren Erfolg geführt hat.

---

5) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 233
6) Schröder in NJW 1962, S. 1038 l.Sp.
7) Beling in VDB, Bd VII, S. 210; Geerds in Festschrift für v. Hentig, S. 157; Hergt in GS 1910 (Bd 76), S. 327

Erster Teil.

Geht man davon aus, daß die Begünstigung die Erreichung eines objektiv erkennbaren Erfolges voraussetzt, dann käme in erster Linie der tatsächliche Eintritt der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung in Betracht. Danach wäre die Begünstigung ein echtes Erfolgsdelikt. Denn bei den Erfolgsdelikten gehört außer der Handlung des Täters noch ein von der Tätigkeit rein äußerlich und logisch zu trennendes Geschehen, eine Wirkung der Willensbetätigung in der Außenwelt zum Tatbestand[8].

Einem derartigen Erfordernis steht jedoch der eindeutige Wortlaut des § 257 StGB entgegen. Er verlangt nur eine Tätigkeit, die auf den Begünstigungserfolg abzielt, weil es dort heißt, daß der Begünstiger Beistand leisten muß, um den Täter der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile der Tat zu sichern. Dieses Ergebnis ist unbestritten[9].

Zur Vollendung der Begünstigung ist nicht der Eintritt der Strafvereitelung oder Vorteilssicherung schlechthin erforderlich. Wie beim Betrug die Bereicherung und beim Diebstahl die rechtswidrige Zueignung der weggenommenen Sache nur e r s t r e b t zu werden brauchen, so braucht auch bei der Begünstigung der Enderfolg nur beabsichtigt zu sein. Der Begünstiger ist also auch strafbar, wenn trotz seiner Bemühungen der Vortäter der strafenden Gerechtigkeit verfällt oder der aus der Vortat Geschädigte die Sachen zurückerlangt.

Zweiter Teil.

Erster Abschnitt.

Nach der Fassung des § 257 StGB scheint demnach die Begünstigung ein schlichtes Tätigkeitsdelikt zu sein[10]. Der objektive

---

8) Baumann, AT, S. 119, 190; H. Mayer, AT, S. 127

9) Schon Pr Obertribunal in GA 1870, S. 396 zu § 37 PrStGB; OT Berlin in GA 1876 (Bd 24), S. 32; RG St 30, 232 (233); 63, 240 (241); RG in DR 1939, S. 1067 l.Sp. Nr. 7; OHG St 2, 220 (224); BGH St 4, 107 (108); 4, 221 (224); Beling in VDB, Bd VII, S. 31; Frank, § 257 Anm V, S.567; Geyer in GS 1875 (Bd 27), S. 306; Kaufmann, Armin, Dogmatik, S. 231

10) So ausdrücklich: Mezger-Blei, AT, S. 107; Maurach, BT, § 80 II A 1, S. 729

Tatbestand, also das äußere Geschehen würde sich in der auf den beabsichtigten Erfolg gerichteten Willensbetätigung des Begünstigers erschöpfen. Irgendein Erfolg dieser Willensbetätigung wäre nicht erforderlich. Denn bei den schlichten Tätigkeitsdelikten bildet die Handlung selbst den tatbestandsmäßigen Schlußpunkt[11]; ein außerhalb dieser Tätigkeit liegender Erfolg gehört nicht zum Tatbestand[12]. Besonders deutlich tritt der Handlungsunwert hervor, während bei den Erfolgsdelikten der Erfolgsunwert dominiert[13].

Der Auffassung, die Begünstigung sei ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, würde entsprechen, die Begünstigung als eine zur selbständigen Straftat erhobene Versuchshandlung, die ihre Vollendung in sich selbst trägt[14], anzusehen; gewissermaßen als eine besondere Art von U n t e r n e h m e n s t a t b e s t a n d[15], in dem Versuch und Vollendung mit dem Begriff der Beistandsleistung zusammengefaßt worden sind. Denn auch hier wäre ein Erfolg nicht zu fordern, die Vollendung des Deliktes läge - ohne Rücksicht auf den Begünstigungserfolg - schon in dem Verhalten mit Hilfstendenz selbst. Die tatbestandsmäßige Handlung würde lediglich durch ihr Ziel - nämlich durch die erstrebte Strafvereitelung oder Vorteilssicherung - charakterisiert, und alle Handlungen, die dieses Ziel herbeiführen sollen, wären strafbar - vorausgesetzt, daß sie das Stadium der Vorbereitung überschritten haben[16] -.

1. Würde also der Nachweis gelingen, daß die Begünstigung schlichtes Tätigkeitsdelikt oder verselbständigter Versuchstatbestand mit allen daraus zu ziehenden Konsequenzen ist, so wäre einmal zur Vollendung des § 257 StGB ein von der Handlung abgrenzbarer Erfolg nicht zu fordern. Zum anderen müßten auch objektiv untaugliche - nur nach Meinung des Täters geeignete - Beistandsleistungen den Tatbestand der Begünstigung erfüllen, will

---

11) Maurach, AT, S. 201
12) Baumann, AT, S. 119; H. Mayer, AT, S. 127; Mezger-Blei, AT, S. 107
13) Maurach, AT, S. 201; H. Mayer, AT, S. 146; Welzel, Neues Bild, S. 30
14) Z.B.: RG St 50, 364 (366); 66, 316 (324); BGH St 4, 221 (224)
15) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 3, 20; Schröder in NJW 1962, S. 1038 r.Sp.; ab der 14. Aufl. 1969 seines Kommentars spricht Schröder von einem "unechten Unternehmensdelikt".
16) Bloße Vorbereitungshandlungen sind auch bei den Unternehmensdelikten straflos, vgl. RG St 42, 267; BGH St 15, 198

man sich nicht mit der heute überwiegend anerkannten subjektiven Versuchstheorie[17], die auch den untauglichen Versuch als strafbar ansieht, in Widerspruch setzen.

Schlußfolgerungen aus der Versuchsnatur eines Deliktes können aber erst gezogen werden, wenn der Unternehmenscharakter nachgewiesen ist. Bei der Begünstigung - als Unternehmensdelikt aufgefaßt - würde das Beistandleisten dann dieselbe Bedeutung haben wie: versuchte Herbeiführung des Erfolges. Wie der Versuch im Sinne des § 43 StGB ein mittels einer Ausführungshandlung unternommenes Vergehen oder Verbrechen bedeutet, so wäre die Begünstigung als die mittels der Beistandsleistung unternommene Strafvereitelung oder Vorteilssicherung zu bezeichnen.

2. In der Tat vertritt die überwiegende Meinung in Rechtsprechung[18] und Literatur[19] die Auffassung, die Begünstigung sei eine zur selbständigen Straftat erhobene Versuchshandlung, eine Art Unternehmenstatbestand, in dem Versuch und Vollendung unter dem Begriff der Beistandsleistung zusammengefaßt worden seien. Die sich aus dieser Auffassung notwendig ergebenden Konsequenzen werden allerdings von den wenigsten Vertretern dieser "Versuchskonstruktion" gezogen. Es werden die verschiedensten

---

17) Ständige Rechtsprechung des RG, seit RG St 1, 439 (441 f) und des BGH, BGH St 1, 13 (16); Schönke-Schröder, § 43 RNr. 30/31; § 26 des E 1962 und § 24 des Alternativ-Entwurfs von 1966 kodifizieren die subjektive Versuchstheorie in ihren Versuchs-Begriffsbestimmungen.
Zu den Versuchstheorien genauer unten, S. 23 f

18) RG St 20, 233 (234); 35, 128 (129); 36, 76 (78); 50, 364 (366); 57, 81 (82); 66, 316 (324); RMG Bd 6, S. 118 (120); BGH St 4, 221 (224); BGH - 5 StR 524/64 - vom 18.12.1964, zitiert bei Dreher, § 257 Anm 1 A

19) Baumann, AT, S. 92; Binding, Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 655 und S. 668/669 und in Normen, Bd 2, Teil 2, S. 874 und S. 1086 FN 13 und S. 1166; Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 198 und in NJW 1951, S. 620 (622 l.Sp.); Dreher, § 257 Anm 1 A; Geerds in Festschrift für v.Hentig, S. 137; Geyer in Holtz. Handbuch, Bd II, S. 424/425; Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 875/876; Hartung in NJW 1949, S. 327 r.Sp.; Herzog in GA 1881 (Bd 29), S. 125 ff; Jagusch in LK, § 257 Anm 2 b, S. 409 und Anm 2 e, S. 414 und Anm 3 b, S. 415; Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 188 und S. 190; Kaufmann, Armin, Dogmatik, S. 231 ff; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 257 Anm I 4, S. 821 und Anm II 3, S. 825; Olshausen, Bd II, § 257 Anm 1, S. 1289 und Anm 10, S.1293; Rose, Diss., S. 46; Schröder in NJW 1962, S. 1038 r.Sp. und in Kern-Festschrift, S. 464; v.Schwarze in GS 1872 (Bd 24), S. 388; Stenglein in ZStW 1884 (Bd 4), S. 497; Waldthausen in GA 1881 (Bd 29), S. 387; Welzel, Lehrb., § 58 I, S. 372 und § 76 III, S. 495

Einwände gegen diese oder jene Konsequenz erhoben:

z.B. gegen die Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt (Begünstiger will einen nur vermeintlich Straffälligen der Bestrafung entziehen)[20] oder

gegen die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln (die vorgenommene Beistandsleistung war nur in der Vorstellung des Begünstigers tauglich zur Erfolgsherbeiführung)[21].

Diese Tendenz, den Versuchscharakter der Begünstigung nach allen Richtungen hin einschränken zu wollen, drängt zwei Fragen auf:

1. Wollen die Vertreter dieser Meinung wirklich den echten Versuchscharakter der Begünstigung behaupten oder haben sie nur einen verwirrenden Ausdruck gebraucht, allein zur Kennzeichnung dafür, daß der erstrebte Erfolg nicht einzutreten braucht?
2. Ist die Prämisse, die Begünstigung sei Unternehmensdelikt, überhaupt richtig?

Eine Antwort auf diese Fragen setzt eine eingehende Würdigung der einzelnen Meinungen voraus.

a) Nach einer Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. April 1953[22] kennzeichnet sich die Begünstigung zwar als eine Versuchshandlung. Die Handlung des Begünstigers muß aber an sich geeignet sein, das beabsichtigte Ziel zu erreichen. Denn nur in diesem Fall, so begründet der BGH seine Ansicht, sei die Handlung ein wirkliches Beistandleisten im Sinne des äußeren Tatbestandes. Zur Strafvereitelung oder Vorteilssicherung ungeeignete Handlungen seien auch dann nicht strafbar, wenn der Täter sie irrigerweise für geeignet halte, denn die versuchte Begünstigung habe der Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht. Gleichgültig ist danach, aus welchem Grund die Handlung objektiv untauglich ist, den Erfolg herbeizuführen. So reicht nach dem BGH[23] eine Hand-

---

20) Fundstellennachweis auf S. 40 FN 98)
21) Fundstellennachweis auf S. 50 FN 127)
22) BGH St 4, 221 (224) = NJW 1953, S. 1194
23) BGH - 4 StR 424/56 - vom 22. 11.1956, Original, S. 3, zitiert bei Pfeiffer-Maul-Schulte, § 257 Anm 4, S. 734; BGH - 5 StR 524/64 - vom 18. 12.1964, Original, S. 5/6, zitiert bei Pfeiffer-Maul-Schulte, aaO

lung, die ungeeignet ist, das Vorgehen einer Behörde gegen den Täter zu behindern, ebensowenig aus wie etwa eine nach Verjährung der Strafverfolgung vorgenommene Handlung[24].

Der BGH verlangt somit als Tatbestandsvoraussetzung - trotz Anerkennung des Versuchscharakters der Begünstigung - eine zur Herbeiführung des erstrebten Erfolges generell geeignete Handlung. Damit hat er sich der überwiegenden Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen[25].

b) Wie verträgt sich aber die Behauptung, die Begünstigung sei Versuchsdelikt, mit der Forderung, die Beistandsleistung müsse generell geeignet sein, das beabsichtigte Ziel zu erreichen?

Die Behauptungen stünden nicht in Widerspruch zueinander, wenn sich aus dem Wesen des Versuchs ergäbe, daß im Versuchsbereich nur taugliche, generell geeignete Handlungen strafbar seien.

aa) Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, worin der Strafgrund des Versuchs zu erblicken ist.

Bei dem Versuch wird die auf die volle Deliktsverwirklichung zielende Willensbetätigung bestraft, und zwar "in dem Stadium, in dem diese Betätigung nicht mehr unverbindliche Vorbereitung ist, sondern unmittelbar zur Verbrechensverwirklichung ansetzt, in dem also die Willensbetätigung für die Rechtsordnung ernstlich gefährliche Bedeutung hat"[26]. Insoweit besteht heute Einigkeit[27]. Der Streit dreht sich um die Frage, ob der Auflehnungswille des Täters gegen die Rechtsordnung ausreicht - so die subjektive Versuchstheorie - oder ob die Gefährlichkeit konkret und individuell im äußeren Geschehen selbst liegen muß - so die objektive Theorie.

Nach der objektiven Versuchstheorie - heute in der Form der sog. Gefährlichkeitstheorie von Bedeutung[28] - liegt der Straf-

---

24) Zu diesem Problem noch genauer unten, S. 43 ff
25) RG St 30, 232 (233/235); 36, 76 (77); 50, 364 (366); 58, 13 (15); 66, 316 (324); zu den weiteren Entscheidungen, die generelle Eignung der Handlung verlangen, ohne jedoch die Begünstigung als Versuchsdelikt zu kennzeichnen, siehe unten, S. 43 FN 106)
26) Welzel, Lehrb., § 24 IV 1, S. 185
27) Baumann, AT, § 33 IV 3, S. 508; Maurach, AT, § 41 III B 1, 3, S. 430/431; Welzel, aaO
28) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd 2, S. 418 f; Mezger, Lehrb., S. 396/397; Spendel in NJW 1965, S. 1881 ff

grund für den Versuch in der Gefährlichkeit der konkreten Handlung für das betreffende Rechtsgut. Ungefährliche Handlungen werden als straflos betrachtet[29]. Da unerwünschte Erfolge - die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern - durch untaugliche Handlungen niemals herbeigeführt werden können, fehlt den Betätigungen der E r f o l g s u n w e r t.

Wird dagegen dem Erfolgsunwert nicht die entscheidende Bedeutung zugemessen, sondern läßt man den H a n d l u n g s u n w e r t bei der Frage nach dem Unrecht maßgeblich sein[30] oder stellt man den Handlungsunwert gleichberechtigt neben den Erfolgsunwert[31], dann ist Strafgrund für den Versuch der in Erscheinung getretene verbrecherische Wille des Täters, der den allgemeinen Rechtsfrieden gefährdet - so die herrschende subjektive Versuchstheorie[32] -. Untauglichkeit des Tatmittels oder des Tatobjekts berühren die Strafbarkeit der Versuchshandlungen nicht[33]. Denn der Handlungsunwert liegt bei tauglichen wie bei untauglichen Handlungen vor, bei beiden tritt der die Rechtsordnung negierende verbrecherische Wille des Täters in Erscheinung.

Die Unterscheidung von tauglichen und untauglichen Handlungen sollte im Versuchsbereich aufgegeben werden. Der Irrtum des Täters über die Tauglichkeit seiner Handlung kann ihm nicht in der

---

29) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd 2, S. 417/418; v.Liszt-Schmidt, Lehrb., 26.Aufl., Bd 1, S. 302 f; Mezger, Lehrb., S. 397

30) Kaufmann, Armin, Normentheorie, S. 72; Welzel, Neues Bild, S. 29/30

31) H.M., z.B.: Baumann, AT, S. 14, 93, 190; Maurach, AT, S. 161, 191; Mezger-Blei, AT, S. 208

32) Ständige Rspr. seit RG St 1, 439 (441); BGH St 1, 13 (16) hat sie fortgeführt; Baumann, AT, S. 511; Jagusch in LK, Bd 1, § 43 Anm II 2, S. 219; Maurach, AT, S. 433; Schönke-Schröder, § 43 RNr. 30/31; Welzel, Lehrb., § 24 IV, S. 185/186; § 26 E 1962; § 24 AE 1966

33) Streitig im Schrifttum und nicht eindeutig geklärt in der Judikatur ist aber, ob in den Fällen, in denen der Täter irrig seine zur Begehung eines Sonderdelikts erforderliche Täterqualität bejaht - Irrtum über die Tauglichkeit des Subjekts - auch ein strafbarer Versuch vorliegt oder ob nach den Regeln über das straflose Wahndelikt zu entscheiden ist.
Für Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts z.B.: Foth in JR 1965, S. 366 (371 l.Sp.); Jagusch in LK, Bd I, § 43 Anm II 2 b, S. 221; Maurach, AT, § 41 III C 2., S. 435; Schönke-Schröder, § 43 RNr. 41
Fortsetzung der FN auf S. 25

Weise zugute kommen, daß er straflos ausgeht (Umkehrschluß aus § 59 StGB[34]). Der subjektiven Versuchstheorie ist zuzustimmen.

bb) Diese Erkenntnis muß für alle Delikte gleichermaßen gelten. Auch bei einem Versuch der Begünstigung darf nicht zwischen geeigneten und ungeeigneten Handlungen unterschieden werden. Daraus folgt wiederum, daß eine Auffassung, die sagt, die Begünstigung sei Versuchsdelikt im echten Sinne, folgerichtig nicht die Forderung nach objektiver Eignung der Beistandsleistung aufstellen darf.

cc) Der Rechtsprechung, die ständig die subjektive Versuchstheorie vertreten hat, ist demgemäß vorgeworfen worden, in Wahrheit habe sie bei der Forderung nach objektiver Eignung der Handlung für den Tatbestand des § 257 StGB die Unterscheidung von tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen wieder aufgenommen. Dadurch würde sie sich zu ihren eigenen Entscheidungen in Widerspruch setzen[35]. Kaufmann[36] kritisiert die oben zitierte BGH-Entscheidung folgendermaßen: "Man versuche einmal, aus BGH St 4, 221 über die Konturen des Begünstigungstatbestandes Klarheit zu gewinnen! Dort auch die bemerkenswerte Zwiespältigkeit des theoretischen Ansatzes: 'Einerseits kennzeichnet sich die Begünstigung als eine zur selbständigen Straftat erhobene Versuchshandlung' (S. 224), andererseits stellt der BGH fest (S. 225): 'Die versuchte Begünstigung hat der Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht'".

Ein Vorwurf der Inkonsequenz kann der Rechtsprechung jedoch nur dann zu Recht gemacht werden, wenn diese wirklich mit dem

---

33) Fortsetzung von S. 24:
Für Straflosigkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts: RG St 8, 198 (200); BGH St 8, 263 (268); Baumann, AT, § 33 IV 3 c, S. 511; Frank, § 43 Anm I; Welzel, Lehrb., § 24 V 2, S. 187; § 25 Abs. 3 Nr. 1 des Alternativ-Entwurfs von 1966
Diese Streitfrage kann im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht bleiben, da sie sich auf die Begünstigung nicht auswirkt.

34) RG St 42, 92 (94); 72, 109 (112)

35) Beling in VDB, Bd VII, S. 21; Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 198, 200 f; Ebeling, Diss., S. 67; Hartung in NJW 1949, S. 327 r.Sp.; Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 190; Kaufmann, Armin, Dogmatik, S. 232/233 und S. 235; v. Liszt in ZStW 1917 (Bd 38), S. 303; Rautzenberg, Diss., S. 81; Welzel, Lehrb., § 58 I 1 b, S. 373 und § 76 III 1 b, S. 495

36) aaO, S. 236 FN 330

Satz "Begünstigung ist eine zur selbständigen Straftat erhobene Versuchshandlung" echten Versuchscharakter dieses Deliktes behaupten will.

dd) Das ist jedoch zu verneinen. Die Rechtsprechung will damit lediglich zum Ausdruck bringen, daß der erstrebte Erfolg - nämlich die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung - nicht eingetreten zu sein brauche[37]. Auch die von Kaufmann kritisierte Entscheidung ist nicht so "zwiespältig", wenn man die verschiedenen Gesichtswinkel beachtet, die zu den - dem äußeren Anschein nach sich widersprechenden - Sätzen führen: wenn der Blick allein auf den Enderfolg[38] gerichtet wird, so ist § 257 StGB insoweit ein "Versuchsdelikt", da der Eintritt des Enderfolges eben nur angestrebt, also gewissermaßen "versucht" werden muß. Damit soll aber über die Handlung als solche, das Beistandleisten, noch nichts ausgesagt werden. Für diese kann erforderlich bleiben, daß sie generell geeignet zur Herbeiführung des Enderfolges sein muß[39]. Weist die Handlung diese Eignung auf, so liegt in der dann eintretenden Gefährdung der Rechtspflege eine Art Erfolg der Handlung[40]. Wenn dieser Erfolg - in Abgrenzung zum Enderfolg der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung soll er als Zwischenerfolg gekennzeichnet werden - nicht erreicht wird, dann ist die Begünstigung eben nur versucht, und die versuchte Begünstigung hat der Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht. Die Straflosigkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Gesetz selbst, da die Begünstigung Vergehen ist und eine dem § 43 Abs. 2 StGB entsprechende Bestimmung fehlt.

Der Rechtsprechung kann hier nur der Vorwurf gemacht werden,

---

37) Ganz deutlich das RMG Bd 6, S. 118 (120):
" Die Vollendung des Vergehens erfordert nicht, daß die Beistandsleistung zur Beeinträchtigung des Strafanspruches wirklich geführt hat. Die Vollendung liegt vielmehr schon in der Handlung ... Insoweit kennzeichnet sich die Begünstigung als eine ... Versuchshandlung".

38) Der erstrebte Erfolg - die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung - soll hier als Enderfolg gekennzeichnet werden. Denn das Merkmal "Beistandleisten" kann dahingehend auszulegen sein - was unten noch zu prüfen ist -, eine objektive Gefährdung der Rechtspflege zu verlangen zur Erfüllung des Tatbestandes des § 257 StGB. Diese Gefährdung wäre dann gewissermaßen ein dem Enderfolg vorgeschalteter Erfolg der Handlung.

39) Ob zu Recht, wird unten geprüft, S.59 ff

40) Zu diesen Fragen unten, S.75 f

den technischen Ausdruck des Versuchs- oder Unternehmensdelikts zur Kennzeichnung dafür verwendet zu haben, daß der Enderfolg nicht eingetreten zu sein braucht, die Begünstigung also kein echtes Erfolgsdelikt ist. Diese verwirrende Ausdrucksweise hätte sie besser vermeiden sollen[41].

Bei dem behaupteten Versuchscharakter der Begünstigung handelt es sich folglich nur um einen "terminologischen Fehlgriff".

Ist die Begünstigung aber kein Versuchs- oder Unternehmensdelikt, so können keine Schlußfolgerungen für unser Ausgangsproblem[42] aus einem derartigen konstruktivem Aufbau gezogen werden. Die Meinung der Rechtsprechung scheidet somit für den möglichen Nachweis aus, daß sich der objektive Tatbestand der Begünstigung in der auf den beabsichtigten Erfolg gerichteten Willensbetätigung erschöpfe.

c) Betrachtet man die Meinungen der Vertreter in der Literatur[43], die einerseits die Begünstigung konstruktiv als Unternehmenstatbestand bezeichnen, andererseits aber im Versuchsbereich Tauglichkeit der Beistandsleistung verlangen, so muß man zu demselben Ergebnis gelangen.

Besonders deutlich wird bei den Ausführungen von Jagusch[44], daß er die Begünstigung in Wirklichkeit nicht als Unternehmenstatbestand auffaßt, obgleich er schreibt: "Die Begünstigung ist ein typisches Versuchsdelikt". Seine Forderung nach objektiver Eignung der Handlung begründet er folgendermaßen: "Würde bereits eine die Richtung der Strafentziehung einschlagende Handlung genügen, so wäre eine nur versuchte Beistandsleistung schon vollendete Begünstigung, also würde dem § 43 StGB nicht Rechnung getragen". Diese Aussage steht an sich in krassem Widerspruch zu seiner Auffassung, die Begünstigung sei ein "typisches Ver-

---

41) Im Ergebnis ebenso: Göckel, Diss., S. 34 FN 1 und 2
42) Siehe oben, S. 20/21
43) Binding, Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 655; Jagusch in LK, Bd 2, § 257 Anm 2 b, S. 409 und Anm 2 e, S. 414 und Anm 3 b, S. 415/416; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 257 Anm I 4, S. 821 und Anm II 3, S. 825; Olshausen, Bd II, § 257 Anm 1, S. 1289 und Anm 10, S. 1293; Rose, Diss., S. 46; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 257 Anm I, S. 981; Stenglein in ZStW 1884 (Bd 4), S. 497; Waldthausen in GA 1881 (Bd 29), S. 387, 394
44) aaO

suchsdelikt". Jagusch will indes damit - ebenso wie die Rechtsprechung - nur die unbestrittene Tatsache kennzeichnen, daß die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung nicht eingetreten zu sein braucht.

Der Unterschied gegenüber den eigentlichen Versuchsfällen ist freilich nicht immer klar erkannt worden, so nicht von Rose[45]. Er nimmt an, § 257 StGB sei ein Unternehmenstatbestand, der die Vollendung und den Versuch auf eine Stufe stelle. Ein paar Sätze weiter schließt er sich der Meinung der Rechtsprechung an und erklärt, sie verlange zu Recht die objektive Eignung der Handlung, wenn auch diese den Kreis strafbarer Begünstigung "einschränkende Auslegung" an sich dem eindeutigen Wortlaut des § 257 StGB widerspreche.

In Wahrheit handelt es sich aber nicht um eine "einschränkende Auslegung", sondern der Begriff des Unternehmensdeliktes ist hier fehl am Platz. Verfehlt ist es nämlich, zunächst an einen Begriff mit einem bestimmten Inhalt anzuknüpfen, dann aber die sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht zu ziehen, sondern Einschränkungen vorzunehmen. Es kann nicht gesagt werden, der Tatbestand der Begünstigung sei Unternehmenstatbestand und aus dem Unternehmenscharakter ergäbe sich eigentlich, daß im Versuchsbereich die Eignung zum Erfolg nicht verlangt werden könne, aber bei der Begünstigung müsse diese Einschränkung gemacht werden. Vielmehr ist die Begünstigung eben kein Unternehmensdelikt, wenn sich aus dem Begriff des Beistandsleistens ergibt, daß objektive Eignung der Handlung zu verlangen ist, anderenfalls ein untauglicher (strafloser) Versuch vorliege.

Ein ganz verwirrendes Bild über den dogmatischen Aufbau der Begünstigung zeichnet Binding. In seinem Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts hat er die Begünstigung zunächst als "coupirtes Erfolgsverbrechen"[46] bezeichnet, bei dem sich der Versuch des gesetzlichen Tatbestandes von dessen formaler Vollendung scharf scheiden lasse[47]. Damit übereinstimmend fordert

---

45) Diss., S. 46
46) Lehrb., BT, Bd I, S. 12 und FN 1 auf S. 12
47) aaO, S. 14

er, daß die Handlung insoweit einen Erfolg gehabt haben müsse, als die Bedingung zur Erschwerung oder Vereitelung der Strafverfolgung zum Abschlusse gekommen sein müsse. Weiterhin verlangt er Eignung der Handlung dazu, ihrem Zweck zu dienen[48]. Die Forderung nach Eignung leitet er daraus ab, daß dem Strafgesetzbuch das Wahnverbrechen fremd sei. Da Binding die objektive Versuchstheorie vertritt und für ihn der untaugliche Versuch und das Wahndelikt nicht wesentlich verschieden sind[49], ist insoweit ein Widerspruch zur Auffassung, die Begünstigung sei Versuchsdelikt, nicht gegeben.

Wenn Binding aber als "das einzig Deliktische in der Handlung ihre Richtung gegen das staatliche Strafrecht" sieht, "worauf allein auch die Schuld des Begünstigers gerichtet sein müsse"[50] und demgemäß nur den Vorsatz der Strafvereitelung verlangt und in bezug auf das Merkmal "Beistandleisten" den Vorsatz vollständig wegfallen lassen will[51], so scheint er hier die Begünstigung als Unternehmensdelikt anzusehen. Andererseits fordert er sogar eine Handlung, die die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung tatsächlich erschwert oder unmöglich macht[52]. Fordert er aber diesen Erfolg, so kann er die Begünstigung nicht als Unternehmensdelikt betrachten.

Auch Schröder machte früher die "Einschränkung", daß die Handlung objektiv geeignet sein müsse, den erstrebten Erfolg herbeizuführen[53], obgleich er die Begünstigung als eine Art Unternehmenstatbestand charakterisierte[54]. Allerdings will Schröder heute die Vorschrift des § 257 StGB in bezug auf die tatbestandliche Ausführungshandlung tatsächlich als "Versuchstatbestand" aufgefaßt wissen[55]. Demgemäß verlangt er heute keine objektive Eig-

---

48) Lehrb., BT, Bd 2, Abteil. 2, S. 655, 656
49) Normen, Bd 2, Teil 2, S. 800 und Normen, Bd 3, S. 404 und S. 471/472
50) Lehrb., BT, Bd 2, Abteil. 2, S. 657
51) Lehrb,, BT, Bd 2, Abteil. 2, S. 656/657 und Normen, Bd 2, Teil 2, S. 1085 ff
52) Lehrb., BT, Bd. 2, Abteil. 2, S. 650, 655/656
53) Noch in der 10. Aufl. des Kommentars Schönke-Schröder, § 257 Anm I, S. 981 und Anm III, S. 983
54) Schönke-Schröder, § 257 Anm I, 10. Aufl.
55) Schröder in NJW 1962, S. 1038; in Kern-Festschrift, S. 457 ff; in Schönke-Schröder, 13. Aufl., § 257 RNr. 3/20; in der 14. Aufl. des Kommentars bezeichnet er die Begünstigung als "unechtes Unternehmensdelikt", vgl. § 257 RNr. 3/20
Zu der heutigen Auffassung Schröders genauer unten, S.58 ff

nung mehr. Früher indes ordnete Schröder die Begünstigung in Wahrheit nicht in die Reihe der Unternehmensdelikte ein, sondern verdeutlichte mit dem Begriff lediglich die Tatsache, daß der erstrebte Erfolg nicht einzutreten braucht.

d) Als Ergebnis läßt sich somit festhalten:

Die Vertreter der Meinung, die zur Vollendung des § 257 StGB eine objektiv geeignete Beistandsleistung verlangt, obgleich sie sonst Anhänger der subjektiven Versuchstheorie sind, sehen die Begünstigung in Wahrheit nicht als Unternehmenstatbestand an. Sie kennzeichnen mit dem in diesem Zusammenhang mißverständlichen Begriff des "Versuchs- oder Unternehmensdeliktes" lediglich die Tatsache, daß der erstrebte Enderfolg nicht eingetreten zu sein braucht, damit eine Bestrafung aus § 257 StGB gerechtfertigt ist. Diese terminologischen Unklarheiten gehen auf Binding[56] zurück, der sowohl die Unternehmensdelikte als auch die kupierten Erfolgsdelikte als Unterfälle des versuchten Delikts darstellt.

3. Im Unterschied zu obiger Gruppe wird im Schrifttum von einigen Vertretern die Begünstigung wirklich als Unternehmensdelikt angesehen. Mit dem Begriff des Unternehmenstatbestandes soll nicht nur die Tatsache gekennzeichnet werden, daß der Eintritt des erstrebten Erfolges nicht erforderlich ist. Vielmehr soll nach dieser Auffassung aus dem behaupteten konstruktivem Aufbau des § 257 StGB die Konsequenz gezogen werden, daß das Delikt verwirklicht sei, sobald der Täter eine - über die bloße Vorbereitung hinausgehende - Handlung mit entsprechender Tendenz vorgenommen habe.

Die Vertreter dieser Auffassung sind ein Teil der schon oben genannten Kritiker der Rechtsprechung: Bockelmann[57], Hartung[58], Kantorowicz[59], Armin Kaufmann[60] und diesen zustimmend Rautzenberg[61].

---

56) Lehrb., BT, Bd I, S. 11 ff
57) Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 198 ff und in NJW 1951, S. 620 (622 ff)
58) Hartung in NJW 1949, S. 324 (327 r.Sp.)
59) Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 190
60) Kaufmann, Dogmatik, S. 232 ff
61) Rautzenberg, Diss., S. 81/82

a) Wer die Begünstigung als reines Unternehmensdelikt ansieht, steht vor dem Problem, ob die Vorschrift über Strafvereitelung anwendbar ist, wenn der Vortäter keine strafbare Handlung begangen, aber in der Vorstellung des "Begünstigers" eine Bestrafung zu erwarten hat.

Dasselbe Problem ergibt sich für die Vorteilssicherung. Bei ihr fragt sich, ob eine strafbare Begünstigung vorliegt, wenn der "Begünstiger" nur irrtümlich annimmt, die Vorteile stammen aus einer strafbaren Vortat.

Es handelt sich hier - wenn man entsprechend den Regeln zum Versuch im Sinne des § 43 StGB zwischen der Untauglichkeit des Objekts und der des Mittels unterscheidet - um das Problem der Untauglichkeit des Objekts. Denn wenn geschütztes Rechtsgut bei der Strafvereitelung die Strafrechtspflege ist, die den entstandenen Strafanspruch des Staates durchsetzen will[62], und bei der Vorteilssicherung die Rechtspflege, die den dem Gesetz entsprechenden Zustand wiederherstellen will[63], so können in den Fällen, in denen jemand die Durchsetzung eines nur vermeintlichen Strafanspruchs oder die Beseitigung eines nur vermeintlichen widerrechtlichen Zustands vereiteln will, die Rechtspflegeorgane deswegen als untaugliches Angriffsobjekt angesehen werden, weil ihre Tätigkeit in diesen Fällen gar nicht beeinträchtigt werden kann.

Das angeschnittene Problem hängt von der Vorfrage ab, welche rechtlichen Qualitäten die Vortat besitzen muß, also von der Frage nach der Akzessorietät der Begünstigung.

Wird bei der Strafvereitelung gefordert, daß die Vortat tatbestandsmäßig - rechtswidrig und schuldhaft[64] begangen sein und der Vortäter somit alle Voraussetzungen erfüllt haben muß, die für seine strafrechtliche Verantwortlichkeit notwendig sind,

---

62) Fundstellennachweis auf S. 8 FN 23 und 24
63) Fundstellennachweis auf S. 9 FN 27 bis 30
64) So die h.M., z.B.: Bockelmann in NJW 1951, S. 624 l.Sp.; Jagusch in LK, Bd II, § 257 Anm 2 a, S. 409; Kohlrausch-Lange, § 257 Anm III, S. 561; Maurach, BT, § 80 II A 2, S. 730; Mezger-Blei, BT, S. 288; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 11; Dreher, § 257 Anm 3 A, S. 965; Welzel, Lehrb., § 76 III 1, S. 495; Begründung zum E 1962 in Bundesrat-Drucksache 200/62, S . 631 l.Sp.

so taucht die Frage nach der Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Objekt auf,

a) wenn der "Vortäter" gar kein Verbrechen oder Vergehen begangen hat,

b) wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat oder persönliche Strafausschließungsgründe für ihn eingreifen,

c) wenn Verfolgungshindernisse vorliegen, wenn z.B. die Vortat im Zeitpunkt der Beistandsleistung schon verjährt war,

der"Begünstiger" dies aber nicht wußte.

Läßt man bei der Vorteilssicherung eine tatbestandsmäßige - rechtswidrige Vortat ausreichen[65], so ergibt sich das Problem der Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Versuches am untauglichen Objekt, wenn die Vorteile nicht aus einem rechtswidrigen Verbrechen oder Vergehen stammen, genauer

a) wenn in der Hand des "Vortäters" kein widerrechtlicher Besitzstand vorliegt,

b) wenn zwar ein widerrechtlicher Besitzstand vorliegt, dieser aber nicht aus einem Verbrechen oder Vergehen hervorgegangen ist,

der "Begünstiger" das aber irrtümlich annimmt.

b) Die Lösung der Frage, ob bei der Begünstigung der Versuch am untauglichen Objekt strafbar ist, setzt eine eingehende Darstellung und Würdigung der einzelnen Meinungen voraus.

Kantorowicz[66] geht davon aus, daß die Begünstigung eine zum "delictum sui generis erhobene Versuchshandlung" sei. Deshalb sei es - auf dem Boden der subjektiven Versuchslehre - nur konsequent, eine strafbare Begünstigung auch dann anzunehmen, wenn der Täter eine Handlung vornehme, die darauf abziele, einen nur nach seiner Meinung strafbaren, in Wirklichkeit aber schuldlosen Vortäter der Strafe zu entziehen.

Da die Begünstigung Versuchsdelikt sei - so argumentiert

---

65) So unter Hinweis auf die Neufassung der §§ 48 ff StGB und den dadurch bedingten Übergang von der strengen zur limitierten Akzessorietät: BGH St 1, 47 (49) zu § 259 StGB; Bockelmann in NJW 1951, S. 621 r.Sp.; Hartung in NJW 1949, S. 327 l.Sp.; Mezger-Blei, BT, S. 288; Dreher, § 257 Anm 2 B, S. 964. Im Ergebnis ebenso: Jagusch in LK, Bd II, § 257 Anm 2 a, S. 409; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 14; Welzel, Lehrb., § 58 I 1 a, S. 372

66) Tat und Schuld, S. 190

Bockelmann[67]-, liege es nahe, den Bereich der strafbaren Begünstigung ebensoweit zu erstrecken, wie es geschehen müßte, wenn zur Vollendung des Delikts das Gelingen der Strafvereitelung nötig, dafür aber der Versuch mit Strafe bedroht wäre. Bei Anwendung der allgemeinen Versuchsregeln sei auch der untaugliche Versuch strafbar, gleichviel worin die Untauglichkeit ihren Grund habe. Deshalb müßte auch da wegen Begünstigung bestraft werden, wo keine voll schuldhafte, ja selbst wo gar keine Vortat existiere , wenn nur der Täter sich ihr Dasein eingebildet habe.

Bockelmann räumt allerdings ein, daß es dem Gefühl widerspreche, sich mit einem solchen Resultat abzufinden. Er vermeidet das Ergebnis dadurch, daß er das Vorhandensein einer Vortat als objektive Bedingung der Strafbarkeit betrachtet[68].

Hartung[69] geht davon aus, daß der Gesetzgeber bei Einführung der limitierten Akzessorietät durch die Verordnung vom 29. Mai 1943[70] die Begünstigung vergessen habe. Er neigt mit Kantorowicz dazu, entsprechend der Lehre vom untauglichen Versuch ausschließlich auf den verbrecherischen Willen des Täters abzustellen. Nach den Grundsätzen des "Willensstrafrechts" müsse der Begünstiger auch dann strafbar sein, wenn er einen schuldlosen Vortäter der Bestrafung entziehen wollte, vorausgesetzt natürlich, daß der Begünstiger von dem Entschuldigungsgrund nichts wußte.

Zu dieser Gruppe, die aus der behaupteten Versuchsnatur der Begünstigung die Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Objekt folgert, können auch Herzog[71] und Beling[72] gezählt werden, auch wenn sie den Begriff des Unternehmensdelikts in ihren Abhandlungen nicht gebrauchen.

---

67) Strafr. Untersuchungen, S. 198/199 und in NJW 1951, S. 622 l.Sp.
68) Strafr. Untersuchungen, S. 203; ebenso: Meier, Fr.-W., Diss., S. 17 ff; Welzel, Lehrb., § 58 I 2, S. 374
69) NJW 1949, S. 324 (327)
70) VO zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (StrafrechtsangleichungsVO) in RG Bl I, 1943, S. 339
71) GA 1881 (Bd 29), S. 121 ff (123 ff)
72) VDB, Bd VII, S. 14 ff

Herzog untersucht u.a. das Problem, ob sich jemand der persönlichen Begünstigung strafbar macht, der nur einen vermeintlich strafbaren Vortäter der Bestrafung entziehen will, für diesen jedoch ein Strafausschließungsgrund eingreift oder die Vortat verjährt ist. Da ein staatlicher Strafanspruch gegen den Vortäter nicht gegeben sei, so äußert sich Herzog, könne er auch nicht vereitelt werden. Herzog räumt ein, daß an sich ein Fall des untauglichen (straflosen) Versuchs vorliege, und zwar eine Untauglichkeit des Objekts. Seine Meinung, daß dennoch eine strafbare Begünstigung in diesen Fällen anzunehmen sei, begründet er folgendermaßen:[73)]

Zur Vollendung des § 257 StGB gehöre es nicht, daß die Absicht des Beistandleistenden erreicht werde. So müsse man notwendigerweise noch einen Schritt weiter gehen und sagen: es sei ebenso gleichgültig, ob jene Absicht nach Lage der Dinge überhaupt erreicht werden könne oder nicht. Denn auch in dem ersten Fall handele es sich um eine möglicherweise fruchtlose, dennoch aber strafbare Begünstigung. Der Unterschied zwischen beiden Fällen bestehe lediglich in der - vom Standpunkt des Gesetzgebers aus betrachtet - unwesentlichen Verschiedenheit des Grundes der Fruchtlosigkeit oder Vergeblichkeit des geleisteten Beistandes.

Für die sachliche Begünstigung gilt nach Herzog Entsprechendes[74)].

Ein (strafloser) Versuch der Begünstigung ist dann aber logisch undenkbar, weil der ganze Versuchsbereich mit umfaßt wird. So leugnet denn auch Herzog die Möglichkeit eines Versuches bei § 257 StGB[75)]. Irgendeinen Erfolg braucht die Beistandsleistung nach dieser Auffassung nicht bewirkt zu haben; auch wenn die Beistandsleistung zur Erfolgsherbeiführung ungeeignet ist, berührt das nicht die Strafbarkeit des Begünstigers, allein entscheidend ist die Absicht des Beistandleistenden[76)].

Die Stellungnahme Belings[77)] geht von ähnlichen Erwägungen

---

73) GA 1881 (Bd 29), S. 125
74) aaO, S. 126/127 und S. 129
75) aaO, S. 125 FN 6; ebenso: Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 875/876
76) So auch Herzog in GS 1872 (Bd 24), S. 461
77) VDB, Bd VII, S. 14 FN 2, S. 15 FN 2, S. 16 FN 1, S. 31 und S. 37

aus. Da die auf Strafvereitelung oder auf Vorteilssicherung gerichtete Absicht, also ein rein psychisches Moment, zur Erfüllung des Tatbestandes der Begünstigung genüge, so argumentiert Beling, sei es gleichgültig, ob das Ziel durch die Beistandsleistung überhaupt erreicht werden könne. Deshalb sei persönliche Begünstigung auch da denkbar, wo ein Strafprozeß überhaupt nicht in Aussicht stehe, ja sogar wo es an Strafklagerechts- oder Prozeßvoraussetzungen fehle, und erst recht wo es bei Statthaftigkeit des Prozesses nur am Strafanspruch fehle[78].

Für die sachliche Begünstigung sei wegen des allein erforderlichen psychischen Elementes der Absicht weder zu verlangen, daß die Beistandsleistung überhaupt geeignet gewesen sei, den Erfolg der Vorteilssicherung zu erzielen, noch brauchten Vorteile aus der Vortat wirklich entsprungen gewesen zu sein[79]. Es sei ganz abwegig, so fährt Beling fort[80], in diesen Fällen von einem untauglichen Versuch zu sprechen, denn die vom Gesetz geforderte Absicht sei immer dann gegeben, wenn der Täter sie eben habe, möge auch objektiv ihre Realisierung ausgeschlossen sein.

c) Alle Vertreter dieser Meinung unterstellen bei ihrer Schlußfolgerung - entweder expressis verbis oder konkludent -, daß die Begünstigung echtes Unternehmensdelikt sei. Keiner hat jedoch diese Prämisse bewiesen.

aa) Nun ist gegenüber der oben dargestellten Meinung der Einwand erhoben worden, eine Begünstigungshandlung im Anschluß an eine nur vermeintlich strafbare Handlung des Vortäters sei in Wirklichkeit ein Wahndelikt[81].

Dieser Einwand ist jedoch unzutreffend. Ein Wahndelikt liegt nur dann vor, wenn jemand ein in tatsächlicher Hinsicht richtig erkanntes Verhalten rechtlich unzutreffend für strafbar hält[82]. Der Täter verkennt die Bedeutung einer strafrechtlichen Norm und dehnt diese in ihrer Funktion auf etwas aus, was sie recht-

78) VDB, Bd VII, S. 31
79) aaO, S. 14 FN 2, S. 37
80) aaO, S. 31
81) Binding, Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 647; Gretener, S. 100; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 257 Anm I 3 b, S. 820; Olshausen, Bd II, § 257 Anm 2, S. 1289
82) Baumann, AT, S. 495; Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 199; H. Mayer, Lehrb., AT, S. 216

lich nicht erfaßt. Der beim Wahndelikt vorliegende Irrtum des Täters kann als Unterfall des Irrtums über die Strafbarkeit (Rechtsfolgenirrtum) bezeichnet werden[83].

Wer irrtümlich eine strafbare Vortat annimmt, weil er von dem zugrundeliegenden Sachverhalt eine unrichtige Vorstellung hatte, ebenso wer den objektiven Sachverhalt zwar richtig erkennt, aber zu Unrecht das Vorliegen einer strafbaren Vortat bejaht, will den Vortäter der Bestrafung entziehen, und er würde auch gegen das positive Recht verstoßen, wenn die Wirklichkeit mit seiner Vorstellung übereinstimmte und der vorgestellte Sachverhalt eine strafbare Vortat darstellen würde[84]. Es liegt an sich ein sog. "Mangel am Tatbestand"[85] vor; diese Rechtsfigur wird jedoch heute allgemein als untauglicher Versuch aufgefaßt[86].

Es ist somit unrichtig, eine Begünstigungshandlung im Anschluß an eine nur vermeintlich strafbare Vortat als Wahndelikt zu bezeichnen[87].

bb) Das Hauptargument, das gegen die Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Objekt bei der Begünstigung erhoben wird, ist folgendes: der Beistand müsse geeignet sein, die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung zu bewirken. An einer geeigneten Unterstützungshandlung fehle es aber, wenn der Vortäter keine strafbare Handlung begangen habe, wenn also die Rechtspflegeorgane keinerlei Anlaß haben, gegen den "Begünstigten" vorzugehen[88].

Dem Argument ist zuzustimmen, wenn an die objektive Beschaffenheit der Beistandsleistung die Anforderung der Eignung zu Recht gestellt wird. Bei dieser Frage handelt es sich in erster Linie um die Tauglichkeit des Mittels, die unten[89] noch eingehend er-

---

83) Baumann, AT, S. 495; Maurach, AT, § 41 III C 3 b, S. 437; Welzel, Lehrb., § 24 V 1, S. 187

84) Ein Wahndelikt hinsichtlich einer Vorteilssicherung lag BGH St 4, 221 (225/226) zugrunde: Die Voraussetzung, daß durch die Handlungsweise der Angeklagten, wenn ihre Vorstellung der Wirklichkeit entsprochen hätte, die Vorteile der vorgestellten Vortat hätten gesichert werden können, war nicht gegeben.

85) Zu dieser Rechtsfigur: Frank, § 43 Anm I

86) RG St 42, 92 (93 f); Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 199; Welzel, Lehrb., § 24 IV 3, S. 186/187

87) Ebenso: Bockelmann, aaO, S. 199; Meier, Fr.-W., Diss.,S. 66; Rautzenberg, Diss., S. 83

88) RG St 76, 122 (123); BGH St 4, 221 (224); Maurach, BT, § 80 II A 2, S. 730; Schloßmann in ZStW 1903 (Bd 23), S. 681

89) S. 42 ff

örtert wird. Deshalb mag bei der jetzigen Erörterung der Problematik der Untauglichkeit des Objekts dieser Hinweis auf das Argument genügen.

cc) Gegen die Strafbarkeit des "Begünstigers" in den Fällen, in denen es an einer strafbaren Vortat fehlt, der "Begünstiger" jedoch im Glauben an eine bevorstehende Bestrafung oder an die Entziehung der Vorteile durch die Rechtsordnung dem "Vortäter" seinen Beistand gewährt, spricht der Wortlaut des § 257 StGB.

Als der Begünstigung schuldig bezeichnet das Gesetz denjenigen, der "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern". Das Gesetz verlangt somit objektiv das Vorliegen einer Vortat, die zu einer Bestrafung des Vortäters führen kann oder die dem Vortäter einen widerrechtlichen Besitzstand verschafft hat.

Über den strengen Wortlaut des § 257 StGB könnte man sich allenfalls hinwegsetzen, wenn der Sinn und Zweck dieser Vorschrift erfordert, daß der "Begünstiger" auch bei Straflosigkeit des Vortäters oder bei fehlendem widerrechtlichen Besitzstand zu bestrafen sei, wenn er irrtümlich die objektiven Voraussetzungen als gegeben ansieht.

Sinn der Vorschrift über die Strafvereitelung ist der Schutz der Rechtspflege davor, daß sie in der Wahrnehmung ihrer staatlichen Aufgabe, nämlich der Durchsetzung des entstandenen staatlichen Strafanspruches nicht gehindert wird. Versagt jedoch der Strafanspruch gegenüber dem Vortäter, so besteht in diesem Fall auch kein dringendes Interesse an der Bestrafung des "Begünstigers", der den nur vermeintlichen Strafanspruch des Staates vereiteln will.

Sinn der Strafbestimmung über die Vorteilssicherung ist ebenfalls der Schutz der Rechtspflege vor unberechtigten Eingriffen in ihre Aufgabe, nämlich der Entziehung der rechtswidrigen Vorteile und die Wiederherstellung des dem Gesetz entsprechenden Zustandes. Liegt jedoch objektiv kein widerrechtlicher Besitzstand beim "Vortäter" vor, so ist auch ein dringendes Strafinteresse in bezug auf den "Begünstiger" nicht anzuerkennen.

Der Sinn des § 257 StGB erfordert demnach kein Hinwegsetzen über den eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung.

Ist jedoch dem Gesetzeswortlaut zufolge das tatsächliche Vorliegen einer strafbaren Vortat zu verlangen, damit eine Bestrafung wegen Begünstigung zu rechtfertigen ist, so kann nicht mehr die Rede davon sein, daß es sich bei der Begünstigung um ein echtes Unternehmensdelikt handelt.

Den Nachweis, daß die Begünstigung echtes Unternehmensdelikt sei, hat keiner der Vertreter der Gegenmeinung erbracht. Aber nur wenn unter dem Begriff der Beistandsleistung wirklich ein Versuch der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung zu verstehen wäre, könnte in diesen Fällen wegen Begünstigung bestraft werden. Der bloße Glaube des "Begünstigers" an das Vorliegen einer strafbaren Vortat kann den äußeren Tatbestand des § 257 StGB nicht erfüllen[90].

Die Vertreter der Gegenmeinung unterstellen die Prämisse, die Begünstigung sei Unternehmensdelikt, als richtig und ziehen daraus ihre Schlußfolgerung, gegen die keine Bedenken erhoben werden könnten, wenn die Prämisse richtig wäre.

Herzogs Begründung[91] erscheint auf den ersten Blick bestechend einfach und einleuchtend. Aber mit seiner Argumentation könnte man z.B. beim Diebstahl zu folgendem unhaltbaren Ergebnis gelangen, das auch wohl Herzog nicht akzeptieren würde:

Auch bei § 242 StGB gehört zur Vollendung des Delikts nicht, daß der Dieb seine Absicht, sich die weggenommene Sache rechtswidrig zuzueignen, erreicht. Wenn nun A dem B ein Buch in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, das Buch aber dem B früher einmal geliehen hatte, was er vergaß, so liegt hier ein Versuch am untauglichen Objekt vor, denn das Tatbestandsmerkmal "fremd" konnte nicht verwirklicht werden. Auch konnte A sich sein eigenes Buch nicht rechtswidrig zueignen. (Ebenso wie im Begünstigungsfall: jemand, der keine Strafe zu erwarten hat, ist weder Vortäter noch kann er der Bestrafung entzogen werden.) A's Absicht konnte also nach Lage der Dinge nicht erreicht werden. Da nun aber das Gesetz den Erfolg - die rechtswidrige Zueignung - nicht verlangt, könnte mit Herzogs Begründung hier

---

90) So ausdrücklich RG St 50, 218 (219)
91) dargestellt auf S. 34

ein vollendeter Diebstahl des A angenommen werden!

Auch dieser Vergleich spricht dagegen, im Falle des § 257 StGB vom tatsächlichen Vorliegen einer strafbaren Vortat abzugehen.

dd) Würde man gleichwohl davon ausgehen, daß die Begünstigung Unternehmensdelikt sei, so stünden dem durchgreifende rechtsstaatliche Bedenken entgegen.

Ein Unternehmensdelikt im klassischen Sinne ist die Begünstigung nicht, denn der Begriff des Unternehmens taucht in der Vorschrift des § 257 StGB nicht auf. Der Gesetzgeber hat den Versuch nicht offen der Vollendung gleichgestellt, wie das bei den echten Unternehmensdelikten der Fall ist[92], (z.B. bei § 81 StGB i.V. mit § 46 a StGB[93]).

Neben diesen klassischen Unternehmensdelikten gibt es zwar Tatbestände, die ähnliche Strukturprinzipien aufweisen. Der Gesetzgeber hat zur Vorverlegung der Strafbarkeit verschiedene Möglichkeiten. Er kann die Tatbestandsmerkmale so gestalten, daß schon in einem möglichst frühen Stadium des Geschehens eine vollendete Tat vorliegt[94]. Selbst wenn sich aber beim "Beistandleisten" des § 257 StGB ähnliche Strukturen finden sollten[95], so ist es doch sehr fraglich, ob auf diesen Deliktstypus die Regelung des § 46 a StGB in vollem Umfang anzuwenden ist, d.h. für unser obiges Problem, ob auch der Versuch am untauglichen Objekt strafbar ist.

Da der Gesetzgeber dem Vergehen des § 257 Abs. 1 StGB keine dem § 43 Abs. 2 StGB entsprechende Formulierung zugefügt hat, also den Versuch "ausdrücklich" als nicht strafbar erklärt hat, würde es sich bei der vollen Übertragung der Grundsätze des § 46 a StGB auf den Tatbestand des § 257 StGB um eine A n a l o g i e z u u n g u n s t e n des Täters handeln. Denn eine

---

92) Baumann, AT, S. 492; Schröder in Kern-Festschrift, S. 464

93) § 46 a ist durch Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes vom 25. Juni 1968 (BGBl I, S. 741 (747)) - 8. StÄG - in den Zweiten Abschnitt des Allg. Teils des StGB - Vorschriften zum Versuch (§§ 43 - 46) - eingefügt worden, wohin er seinem Inhalt nach gehört. Bei dieser Änderung wurde § 87 StGB mit derselben Fassung - der durch das Gesetz vom 30. 8.1951 (BGBl I, S. 739) in den Ersten Abschnitt des Bes. Teils - Hochverratsvorschriften - eingefügt worden war - nunmehr aufgehoben.

94) Baumann, AT, S. 492; Frank in VDA, Bd V, S. 166/167; Schönke-Schröder, § 43 RNr. 29 a

95) Bejahend: Baumann, AT, S. 92; Schröder in Kern-Festschrift, S. 464. Ob das der Fall ist, wird unten ausführlich geprüft, S. 59 ff

direkte Anwendung des § 46 a StGB selbst auf Tatbestände, die den echten Unternehmensdelikten gleich strukturiert sind, scheidet aus, da in § 46 a der Begriff des "Unternehmens" technisch gemeint ist[96]. Demgemäß darf er nur dort direkt angewendet werden, wo gerade der Ausdruck "Unternehmen" verwendet ist.

Analogie dient der Ausfüllung von Lücken[97], die dadurch entstehen, daß der Gesetzgeber nicht von vorneherein alle vorkommenden Lebenssachverhalte voraussehen kann. Im vorliegenden Fall würde es sich um eine Gesetzesanalogie handeln, da die Grundgedanken des § 46 a StGB auf § 257 StGB übertragen werden sollen.

Es erscheint schon zweifelhaft, ob der Gesetzgeber die vorliegende Problematik wirklich nicht vorausgesehen hat und ob ein Bedürfnis zur Lückenausfüllung überhaupt besteht. Zum anderen steht dem Bedürfnis der Lückenergänzung im Strafrecht das Verbot "nullum crimen sine lege" entgegen, § 2 StGB. Dieses Verbot ist verfassungsrechtlich gesichert durch Art. 103 Abs. 2 GG. Eine Analogie zuungunsten des Täters - um die es sich hier handelt, weil der Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB ausgedehnt werden soll - ist unzulässig.

Der Meinung, die auch den Versuch am untauglichen Objekt als vollendete Begünstigung bestrafen will, stehen somit rechtsstaatliche Bedenken entgegen. Sie ist wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 StGB abzulehnen[98].

Würden die Regeln des § 46 a StGB auf § 257 StGB übertragen, so würde der Täter sogar in doppelter Hinsicht ungünstiger gestellt, als wenn der Gesetzgeber die Versuchsstrafbarkeit bei

---

96) Baumann, AT, S. 492; Dreher, § 46 a, S. 249; Schröder in Kern-Festschrift, S. 465

97) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 58 II 1, S. 339 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 279 ff

98) Ebenso: Schröder in Kern-Festschrift, S. 465; Schönke-Schröder, § 46 a RNr. 8 und § 257 RNr. 16 und 20; im Ergebnis ebenso die überwiegende Meinung: RG St 50, 218 (219); 57, 81 (82); 75, 234; 76, 122 (123); v.Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 753 und S. 759; Frank, § 257 Anm II 1, S. 565; Gretener, S. 100; Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 872/873; Kohlrausch-Lange, § 257 Anm III, S. 561 und Anm VII, S. 562; Maurach, BT, § 80 II C 1, S. 735 und § 80 II A 2, S. 730; Mittelbach in DR 1941, S. 2047; v.Schwarze in GS 1872 (Bd 24), S. 372/373; zweifelnd: Dreher, § 257 Anm 3 A, S. 965;
BGH St 14, 156 (158) verneint sogar eine Begünstigung, wenn die Vortat zwar im Zeitpunkt der Vornahme der Beistandsleistung ein Vergehen war, aber im Zeitpunkt der Aburteilung des Begünstigers nicht mehr.

§ 257 StGB normiert hätte: einmal wäre die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 44 StGB ausgeschlossen[99], zum anderen wäre zweifelhaft, ob dem Täter, der von dem untauglichen Versuch zurücktritt, die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts zugebilligt werden kann[100]. Daß aber gerade die Straftat der Begünstigung besonders scharf zu ahnden sei, wagen auch die Vertreter der gegenteiligen Auffassung nicht zu behaupten. Jene Meinung läuft darauf hinaus, den Täter allein wegen seiner bösen Absicht zu bestrafen. Die Willensseite des Delikts wird überbetont.

Wenn auch nach allgemeinen Grundsätzen der untaugliche Versuch strafbar ist, so gelten dann aber auch alle Versuchsvorschriften zugunsten des Täters, wie die Strafmilderungsmöglichkeit des § 44 StGB und die Vorschriften über den Rücktritt vom Versuch. Es ist aber nicht ersichtlich, daß einer der Vertreter, der den Versuch am untauglichen Objekt in den Tatbestand des § 257 StGB einbezieht, auch die Versuchsvorschriften zugunsten des Täters anwenden will. Warum aber sollen nur zuungunsten des Täters aus der Fassung des § 257 StGB Rückschlüsse gezogen werden?

Wenn Frank[101] schreibt, der Gesichtspunkt, daß die Strafgesetze mehr und mehr einen präventiven Charakter annehmen müßten und deshalb die Vorverlegung der Vollendung gerechtfertigt sein würde, könne höchstens dazu führen, den Augenblick der Strafbarkeit frühzeitig eintreten zu lassen, nicht aber zur unentwirrbaren Vermengung von Vollendung und Versuch, so ist ihm vollauf zuzustimmen.

d) Als Ergebnis ist somit festzuhalten:

In den Fällen, in denen objektiv keine strafbare Vortat vorliegt, der "Begünstiger" aber irrtümlich von ihrem Vorliegen ausgeht, ist der Tatbestand des § 257 StGB nicht erfüllt. Es handelt sich um einen straflosen Versuch am untauglichen Objekt. Der Ausgangspunkt der gegenteiligen Auffassung, die Begünstigung sei Unternehmensdelikt, ist in dieser Ausschließlichkeit nicht bewiesen. Er ist auch nicht richtig. Die Begünstigung ist insoweit ebensowenig Unternehmenstatbestand wie der Diebstahl

---

99) Schröder in Kern-Festschrift, S. 467
100) Dazu genauer unten, S. 52 f
101) VDA, Bd V, S. 172 FN 2

und alle anderen Delikte mit überschießender Innentendenz.

4. Aus den bisherigen Untersuchungen ergibt sich für die weitere Prüfung:

Ist die Begünstigung auch kein echtes Unternehmensdelikt, so bleibt dennoch die Möglichkeit offen, daß die Vorschrift des § 257 StGB in bezug auf die tatbestandliche Ausführungshandlung als "Versuchstatbestand" aufzufassen ist[102].

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die Beistandsleistung zu einem Zwischenerfolg[103], nämlich einer objektiven Gefährdung der Rechtspflege geführt haben muß oder nicht. Ein solcher Erfolg kann aber die generelle Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung sein. Dann muß aber entschieden werden, ob sich aus dem Begriff des "Beistandleistens" ergibt, daß die Eignung der Handlung zum Erfolgseintritt (Strafvereitelung, Vorteilssicherung) zu fordern ist.

Zweiter Abschnitt.

1. Wird an die objektive Qualität der Beistandsleistung die Anforderung ihrer generellen Eignung zum Begünstigungserfolg zu Recht gestellt, dann steht damit gleichzeitig fest, daß bei der Begünstigung der Versuch mit untauglichem Mittel nicht strafbar ist. Wenn nämlich die Beistandshandlung diese Qualität nicht aufweist, dann hat der "Begünstiger" den Tatbestand des § 257 StGB nicht erfüllt. Da er ihn aber erfüllen wollte und glaubte, ihn auch erfüllen zu können, ihn aber in Wahrheit nicht erfüllen konnte, handelt es sich um einen untauglichen Versuch, und zwar um einen Versuch mit untauglichem Mittel. Da der Gesetzgeber die versuchte Begünstigung nicht mit Strafe bedroht hat, ist auch der untaugliche Versuch straflos - selbst wenn der subjektiven Versuchstheorie zu folgen ist.

Läßt man dagegen die in Begünstigungstendenz vorgenommene

---

102) Schröder kennzeichnet die Begünstigung im Unterschied zu den echten Unternehmensdelikten als "unechtes Unternehmensdelikt", Schönke-Schröder, § 257 RNr. 3/20

103) Zu diesem Begriff siehe oben, S. 26

Handlung genügen, gleichgültig, ob diese nun objektiv geeignet war oder nicht, so hat der Begünstiger bei Vornahme einer ungeeigneten Beistandsleistung den Tatbestand des § 257 StGB erfüllt. Auch die Fälle, die bei Zugrundelegung der Meinung, die objektive Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung verlangt, nur straflose (untaugliche) Versuchshandlungen wären, könnten auf diese Weise in den Tatbestandsbereich des § 257 StGB einbezogen werden.

Obgleich es bei dieser Frage um Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Täters geht, ist die Frage seit jeher[104] in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

Als trügerisch hat sich demnach die Vorausschau des Gesetzgebers erwiesen, die in den Motiven zu § 252 des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund[105] zum Ausdruck kommt:

> "Man halte die aus § 37 des preußischen Strafgesetzbuches entnommene Fassung für erschöpfend und ausreichend, um den Richter in den Stand zu setzen, ermessen zu können, ob ein im besonderen Falle angewendetes Mittel als geeignet angenommen werden könne, als eine Begünstigung der That aufgefaßt zu werden, und man sehe deshalb von einer Kasuistik, wie sie im sächsischen und im bayerischen StGB enthalten, ab."

2. Eine Erörterung und Entscheidung dieses Problems erfordert eine eingehende Auseinandersetzung mit den einzelnen Meinungen.

a) Die Rechtsprechung selbst zeigt keine ganz einheitliche Linie. Im überwiegenden Teil der Entscheidungen[106] wird für das

---

104) Siehe dazu Oppenhoff, Kommentar zum PrStGB, § 37 Anm 13

105) Zitiert in RG St 20, 233/234

106) PrObertribunal in GA 1870 (Bd 18), S. 396 zu § 37 PrStGB mit Anm von Goltdammer, S. 398; OT Berlin in GA 1874 (Bd 22), S. 619 f; RG St 20, 233 (234); 23, 105 (106); 26, 119 (120); 30, 232 (235); 35, 128 (129); 36, 76 (77); 46, 74 (75); 54, 132 (134); 58, 13 (15); 58, 129; 58, 154 (155); 63, 240 (241); 70, 390 (391); 76, 122 (123); RG in "Das Recht" 1904, S. 580 Nr. 2578; RG in Leipz.Zeitschr. für Deutsches Recht 1915, S. 1383 Nr. 11; RG in JW 1928, S. 1939 Nr. 10 r.Sp.; RG in HRR 1930, Nr. 1559; RG in DR Bd I, 1939, S. 1067 l.Sp. Nr. 7; RMG Bd 6, S. 118 (119/120); Bd 19, S. 82 (83); OLG Rostock in ZStW 1924 (Bd 45), S. 228; OLG Oldenburg in NJW 1955, S. 761 (762 r.Sp.); BGH St 4, 221 (224 f); BGH - 5 StR 233/65 - vom 22. 6.1965, Original S. 4; BGH - 5 StR 524/64 - vom 18. 12.64, Original S. 5/6 - die beiden unveröffentlichten Entscheidungen des BGH sind zitiert in Pfeiffer-Maul-Schulte, § 257 Anm 4 und 5, S. 734

Tatbestandsmerkmal der Beistandsleistung verlangt, daß die Handlung "an sich geeignet" sein müsse, das beabsichtigte Ziel zu erreichen[107]. Es müsse eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit bestanden haben, den Erfolg herbeizuführen[108].

Dagegen hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 16. Februar 1922[109] ausgeführt, bei der Begünstigung komme es nicht darauf an, ob der Täter durch die Handlung sein Ziel überhaupt erreichen könnte, wesentlich wäre nur, daß seine Absicht darauf gerichtet sei. Da diese Entscheidung vereinzelt und außerdem unveröffentlicht geblieben ist, wird man nicht sagen können, die Rechtsprechung habe ihre sonst ständig vertretene Auffassung, daß die Beistandsleistung zur Erfolgsherbeiführung geeignet sein müsse, aufgeben wollen.

Allerdings wollen einige Vertreter der Gegenmeinung, daß eine objektive Eignung der Handlung nicht zu fordern sei, RG St 50, S. 364 ff im Sinne ihrer Auffassung verstanden wissen[110].

Indes läßt sich dieser Entscheidung eine derartige Ansicht nicht entnehmen. Dem Urteil des RG lag folgender Fall zugrunde:

Eine Schankwirtin hatte die vom zuständigen Militärbefehlshaber festgesetzte Polizeistunde überschritten (Vergehen nach § 9 BZG[111]). Nach Einleitung der gerichtlichen Untersuchung hatte sie die S, die vorher von einem Gendarm gehört worden war, dazu bestimmt, sowohl an sie - die Schankwirtin - als auch an das Landgericht einen Brief zu richten, in dem sie - die S - erklärte, ihre Angaben vor dem Gendarm seien unwahr, die Schankwirtin habe niemals die Polizeistunde überschritten.

Die Schankwirtin ist wegen Anstiftung zur Begünstigung des Vergehens nach § 9 BZG verurteilt worden. Der 3. Strafsenat des RG bestätigte die Verurteilung.

---

107) Über dieses Erfordernis noch hinausgehend verlangt die Rspr. zum Teil, daß die Lage oder die Sicherheit des Vortäters tatsächlich verbessert worden sein muß. Hierzu später, da es an dieser Stelle nur um die Ausklammerung der untauglichen Beistandsleistungen geht, die Forderung nach Verbesserung der Lage des Vortäters aber die objektive Eignung der Handlung voraussetzt.

108) RG St 76, 122 (123); RMG Bd 19, S. 82 (83)

109) - 1 D 126/22 - zitiert bei Olshausen, § 257 Anm 10, S. 1293 und Anm 29, S. 1302/03

110) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 20; Schröder in NJW 1962, S. 1039 l.Sp.; Dreher, § 257 Anm 1 A, S. 963; Welzel, Lehrb., § 58 I 1 b, S. 373

111) BZG = preußisches Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 - PrGS 1851, S. 451

Es ist ständige Rechtsprechung, daß der Vortäter zur Begünstigung seiner eigenen Person anstiften kann[112]. Von diesem Grundsatz ausgehend, war nur fraglich, ob in der Handlung der S eine Begünstigung erblickt werden konnte. Die Briefe der S hätten Zweifel an der Zuverlässigkeit des von der S abzulegenden Zeugnisses erwecken und deren Glaubwürdigkeit in Frage stellen können. In dieser Trübung einer Beweisquelle, die auf Beseitigung des Beweismittels hinauslief, hat das RG eine objektiv geeignete Handlung der S gesehen, die Wirtin der Bestrafung zu entziehen, sogar eine wirkliche Förderung der Wirtin mit Bezug auf ihre Tat[113]. Da das RG hier die Eignung der Handlung bejahte, hat es also nicht ein Verhalten mit bloßer Hilfstendenz als ausreichend angesehen. Das RG kennzeichnet die Begünstigung hier mit der irreführenden Bezeichnung der "Versuchshandlung, wobei die Vollendung schon in der Handlung selbst liegt, die einen rechtswidrigen Eingriff in die staatliche Rechtspflege enthält, oder darauf ausgeht, sie zu hemmen" (S. 366). Aus diesem Zitat folgert Schröder[114], das RG stünde hier auf seinem Standpunkt.

Auch eine Entscheidung des BGH vom 15. Mai 1952[115] kann nicht zur gegenteiligen Auffassung gezählt werden, obgleich folgende Worte zur Kennzeichnung der Beistandsleistung diesen Eindruck erwecken: " ... grundsätzlich genügt jedes Verhalten, das auf die Sicherung der Vorteile der Haupttat abzielt". Der BGH will nicht auf das Erfordernis der objektiven Eignung verzichten, vielmehr legt er in diesem Urteil dar, daß auch in einem "Mitwirken zum Absatz" (vgl. § 259 StGB) eine Beistandsleistung im Sinne des § 257 StGB liegen kann, sofern nur der innere Tatbestand dieser Vorschrift gegeben ist, also hier die Vorteilssicherungsabsicht.

b) Die These, daß nur objektiv geeignete Beistandsleistungen den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen, hat die Rechtsprechung

---

112) Z.B.: RG St 4, 60/61; 50, 364 (365); 60, 346 ff; 63, 373 (375); BGH St 5, 75 (81); 17, 236 ff
Andere Ansicht die Literatur: z.B. Maurach, BT, § 80 II A 5 b, S. 732; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 44

113) RG St 50, 364 (365/366)

114) NJW 1962, S. 1039 l.Sp.

115) BGH St 2, 362 (363) = NJW 1952, S. 832

bisher nicht genau begründet. Das ist umso erstaunlicher, als sich aus dem farblosen, neutralen Verbum "Beistandleisten" das Erfordernis der Eignung nicht ohne weiteres ablesen läßt.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs[116] hat sich immerhin um eine Begründung bemüht. Die Handlung müsse an sich geeignet sein, das beabsichtigte Ziel zu erreichen, weil sie nur in diesem Falle ein wirkliches Beistandleisten im Sinne des äußeren Tatbestandes sei. Wenn schon der Eintritt der Strafvereitelung oder Vorteilssicherung zur Vollendung des § 257 StGB nicht erforderlich sei, so könne andererseits die bloße Absicht der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung - ohne Rücksicht auf die Art der zu ihrer Durchführung vorgenommenen Handlung - zur Anwendung dieser Vorschrift nicht genügen.

Dem BGH hat bei dieser Formulierung anscheinend folgender Gedankengang vorgeschwebt:

Wenn der Gesetzgeber die materielle Vollendung des Delikts schon so weit vorverlegt, daß allein die Vornahme der Handlung in Begünstigungstendenz genügt, so darf eine Auslegung des Begriffes, der die Tathandlung kennzeichnet, die Vollendung nicht noch weiter vorverlegen. Der BGH folgert denn auch das Merkmal der Eignung aus dem Aufbau des Tatbestandes.

Alle anderen Entscheidungen begnügen sich mit der bloßen Behauptung, die Beistandsleistung müsse geeignet sein, die Strafe zu vereiteln oder die Vorteile zu sichern. Es entsteht hiernach der Eindruck, als ob die Rechtsprechung die Eignungsformel - nachdem sie einmal in die Definition des Beistandleistens eingeführt war - automatisch mit sich führte, ohne über deren Berechtigung nachzudenken. Das Erfordernis der Eignung hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 13. Februar 1890[117] aus den Motiven zur Begünstigungsvorschrift des Entwurfes[118] abgeleitet. Aus der Formulierung der Motive, die Fassung des Begünstigungstatbestandes reiche für die Entscheidung des Richters aus, " ... ob ein im besonderen Falle angewendetes Mittel als geeignet angenommen

116) BGH - 3 StR 364/52 - in BGH St 4, 221 (224/225)
117) RG St 20, 233/234
118) Vollständige Formulierung der Motive oben auf S. 43

werden könne, als eine Begünstigung der Tat aufgefaßt zu werden ...", schloß das RG auf das Erfordernis der Eignung der Handlung. Ein solcher Schluß ist indes nicht zwingend. Die Motive bringen nicht zum Ausdruck, daß das Mittel selbst, also die Handlung des Begünstigers geeignet sein müsse zur Erfolgsherbeiführung, sondern nur, daß die Fassung der Vorschrift ausreiche, damit der Richter die Beistandsleistung im konkreten Fall als strafbare Begünstigung qualifizieren könne. Das RG hat den Begriff der "Eignung", den die Motive auf die vom Richter vorzunehmende Subsumtion der konkreten Handlung unter die Begünstigungsvorschrift bezogen, zur objektiven Tatseite hin verlagert, nämlich in eine zur Herbeiführung des Begünstigungserfolges objektiv geeignete Handlung.

Das RG hatte in dem konkreten Fall auch keine Veranlassung zu der Prüfung, ob untaugliche Beistandsleistungen den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen. Es hatte folgenden Fall zu beurteilen:

> Die Freundin des Vortäters wollte eine Zeugin zu wahrheitswidrigen uneidlichen Aussagen zugunsten des Vortäters im Strafverfahren verleiten. Die Zeugin ließ sich aber nicht verleiten.

Das RG hat wegen vollendeter Begünstigung bestraft. Eine Einwirkung auf Zeugen, zugunsten des Vortäters unwahre Angaben zu machen, ist eine generell geeignete - wenn auch nur mittelbare - Beistandsleistung. Das Problem der Tauglichkeit war hier nebensächlich, allein zweifelhaft war, ob der fehlgeschlagene Beeinflussungsversuch als strafbare täterschaftliche Begünstigung qualifiziert werden konnte oder ob nicht vielmehr eine (straflose) versuchte Anstiftung der Zeugin, selbst eine Begünstigung zu begehen, vorlag.

Nachdem die Eignungsformel von der Rechtsprechung zur Definition des Beistandes herangezogen worden war, wurde in der Folgezeit das Erfordernis der Eignung als Begründung für oder gegen die Strafbarkeit des "Begünstigers" bei den unterschiedlichsten Fallgestaltungen verwandt[119]. In den meisten Fällen war die Tauglichkeit der Handlung zur Erfolgsherbeiführung nicht zwei-

---

119) Siehe z.B. oben auf S. 36 als Argument gegen die Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt.

felhaft, sondern problematisch war, ob in der Tätigkeit des Begünstigers schon eine abgeschlossene Beistandsleistung gesehen werden konnte oder ob die Ausführung des Beistandes nur in strafloser Weise begonnen war oder sogar nur als den eigentlichen Beistand vorbereitende Maßnahme qualifiziert werden konnte.

Doch hatte die Rechtsprechung sich auch mit dem an dieser Stelle allein interessierenden Problem auseinanderzusetzen.

Das RG hat in einer Entscheidung vom 24. Oktober 1904[120] in der Verhinderung der vorläufigen Festnahme durch die Polizei auch dann eine geeignete Handlung zur Herbeiführung der Strafvereitelung gesehen, wenn der Festzunehmende der Strafe aus dem Grunde nicht entzogen wurde, weil er bereits entschlossen war, sich der zuständigen Behörde zu stellen. Denn auch die Erschwerung der Strafverfolgung erfülle den in § 257 StGB mit Strafe bedrohten rechtswidrigen Eingriff in die staatliche Rechtspflege.

Aus dieser Entscheidung geht deutlich hervor, daß die Rechtsprechung in bezug auf den erstrebten Erfolg nur eine generelle Eignung des Beistandes verlangt, mag der Beistand im konkreten Fall sich auch aus anderen Gründen als unwirksam erwiesen haben. Dies zeigt auch eine Entscheidung des OLG Oldenburg vom 27. November 1954[121]: Hier hatte eine Ärztin die Alkohol enthaltende Blutprobe eines Kraftfahrzeugfahrers gegen die Blutprobe seiner Ehefrau, die keinerlei Alkohol getrunken hatte, eingetauscht, um den Fahrer der Bestrafung zu entziehen. Das OLG führt aus, die Beseitigung der Blutprobe sei dann ein geeignetes Mittel, wenn für die strafrechtliche Beurteilung des Vergehens des Vortäters von Bedeutung sei, daß dieser Alkohol getrunken habe. Es hindere die Bestrafung wegen Begünstigung nicht, daß das Mittel sich als ungeeignet erwiesen habe, weil der Tatbestand, dessen Aufdeckung durch die Vernichtung des Beweismittels verhindert werden sollte, auf andere Weise festgestellt worden sei. Es reiche aus, daß die Handlung an sich die Eignung zur Strafvereitelung aufweise. Ohne Bedeutung sei, daß der Alkoholgenuß des Vortäters in sonstiger Weise festgestellt worden sei.

---

120) RG in "Das Recht" 1904, S. 580 Nr. 2578
121) NJW 1955, S. 762

Das Reichsmilitärgericht[122] hatte Gelegenheit, sich mit einem Fall einer untauglichen Beistandsleistung auseinanderzusetzen:

> Der wegen Begünstigung Angeklagte hatte dem Vortäter M seine unzerrissene Litewka (= weit geschnittener Uniformrock, früher im deutschen Heer zum kleinen Dienst getragen) zu dem Zwecke übersandt, des M Feststellung als Beteiligten bei einer Mißhandlung von Kameraden zu verhindern und seine Bestrafung zu vereiteln. Die Litewka des M war jedoch nicht zerrissen, wie der Angeklagte angenommen hatte. Die Zusendung der unzerrissenen Litewka war für den zu Begünstigenden ohne jede Bedeutung.

Das Berufungsgericht hatte in dem Hinsenden eine Beistandsleistung im Sinne des § 257 StGB erblickt. Das RMG hob das Urteil auf, weil die Tätigkeit des Angeklagten objektiv ungeeignet wäre, die erstrebte Strafvereitelung herbeizuführen. Der Täter habe nur geglaubt, eine Begünstigung zu begehen[123]. Dem Urteil des RMG ist - falls Eignung zu Recht verlangt wird - zuzustimmen, denn zu keinem Zeitpunkt der auf Strafvereitelung gerichteten Tätigkeit hat auch nur eine entfernte Möglichkeit bestanden, die Strafvereitelung durch Zusenden des Uniformrocks herbeizuführen.

Als ungeeignete Beistandsleistungen wurden ferner angesehen:

der Rat eines Rechtsanwaltes an den Vortäter, von einer Selbstanzeige abzusehen[124], zu der der Vortäter ohnedies rechtlich nicht verpflichtet sei;

die rechtsunwirksame Rücknahme eines Strafantrages[125];

die Annahme von Geldern, die - nach Vorstellung der Angeklagten - aus einer Steuerhinterziehung (in Wirklichkeit aus einer Untreue in Tateinheit mit Diebstahl) stammten, da es auf den Bestand des staatlichen Steueranspruchs ohne Einfluß sei, ob sich das Geld in der Hand des Vortäters oder der Angeklagten befände[126].

c) Die Ansicht der Rechtsprechung, die Beistandsleistung müsse geeignet sein, die Strafe zu vereiteln oder die Vorteile zu

---

122) RMG Bd 6, S. 118 ff - vom 26. 11. 1903
123) RMG Bd 6, S. 119/120
124) BGH St 2, 375 (377)
125) BGH - 4 StR 424/56 - vom 22. November 1956, Originalurteil S. 3, zitiert bei Pfeiffer-Maul-Schulte, § 257 Anm 4, S. 734
126) BGH St 4, 221 (225/226) = NJW 1953, S. 1194 f

sichern, vertritt auch ein großer Teil der Literatur[127].

aa) V. Bar läßt für die Handlung des Begünstigers, um als Begünstigung strafbar zu sein, genügen, daß sie zur Erfolgsherbeiführung nicht "durchaus ungeeignet" war[128]. Die Straflosigkeit dürfe nicht zu weit ausgedehnt werden, die Analogie absolut untauglicher Versuchshandlungen müsse maßgebend sein.

Geeignete Beistandsleistungen in bezug auf die Vorteilssicherung sind nach Lobe[129] diejenigen, "die ermöglichen, daß die vorläufige Beute des Vortäters eine endgültige wird, ihre Entdeckung und Wegnahme hindern ...".

Bei ungeeigneter Beistandsleistung würde es in der Tat an der Leistung eines Beistandes im Einzelfalle fehlen, meint v. Olshausen[130] in seiner Kommentierung des § 257 StGB.

Nach Schloßmann[131] genügt, daß das Handeln "seiner Natur nach" zur Ausführung der Absicht im allgemeinen dienlich sein kann, wenn auch in besonderen Fällen sich die Beistandsleistung als erfolglos erweise, weil der Beistand ungenügend sei. Damit will er praktisch nur die absolut untauglichen Handlungen aus dem Kreis strafbarer Begünstigung ausscheiden.

bb) Jagusch[132] bringt zwei Argumente für das Erfordernis der Eignung der Handlung:

1. Wenn schon eine die Richtung der Strafentziehung einschlagende Handlung genüge, so wäre eine nur versuchte Beistandsleistung vollendete Begünstigung, also würde dem § 43 StGB nicht Rechnung getragen.
2. Aus der früheren Fassung des § 346 StGB sei auf das Eignungserfordernis auch für § 257 StGB zu schließen.

---

127) V.Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 766/767, 781; Ghan, Begünstigung, S. 29; Gretener, S. 140; v.Hippel, Lehrb., S. 328; Jagusch in LK, Bd II, § 257 Anm 2 b, S. 409 und Anm 3 b, S. 415; John, Entwurf, S. 262; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 257 Anm I 4, S. 821 und Anm II 3, S. 825; Maurach, BT, § 80 II A 2 und 3, S. 730 und § 80 II B 3, S. 734; Mezger-Blei, BT, S. 289; Niethammer, Lehrb., S. 288; v.Olshausen, Bd II, § 257 Anm 10, S. 1293 und Anm 29, S. 1302; Oppenhoff, StGB für das Deutsche Reich, § 257 Anm 17; Schloßmann in ZStW 1903 (Bd 23), S. 661, 681; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 257 Anm III; Stenglein in ZStW 1884 (Bd 4), S. 496 f; Waldthausen in GA 1881 (Bd 29), S. 394

128) v. Bar, aaO, S. 766/767

129) aaO, § 257 Anm II 3, S. 825; ebenso: Jagusch, aaO, § 257 Anm 3 b, S. 415

130) Fortsetzung auf S. 51

Zu 1.: Dies Argument beweist nicht die Berechtigung, eine objektive Eignung zu fordern. Denn die Auslegung des Begriffes "Beistandleisten" nach Sinn und Zweck der Vorschrift kann gerade ergeben, daß ein Beistand auch dann als geleistet anzusehen ist, wenn er untauglich war. Der Erfolg - die Strafvereitelung - braucht nicht einzutreten, die tatbestandsmäßige Handlung wird in den meisten Fällen, in denen wegen Begünstigung bestraft wird, nur "die Richtung der Strafentziehung" eingeschlagen haben. Insoweit ist zwar die Strafentziehung nur "versucht", aber die Beistandsleistung als solche ist doch vollendet und abgeschlossen. § 43 StGB träfe hier nur zu, wenn die Beistandsleistung selbst zwar begonnen, aber nicht zum Abschluß gekommen wäre, z.B. A will dem Vortäter B gerade das nötige Geld zur Flucht ins Ausland aushändigen, als er von Räubern überfallen wird.

Zu 2.: Die Vorschrift des § 346 a.F. StGB[133] in dem hier interessierenden Teil lautete:

> "... wenn er in der Absicht, jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, ... oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetz nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, ... "

Da die Begünstigung im Amte im Sinne des § 346 a.F. StGB Verbrechen war - ebenso wie die heutige von § 346 StGB erfaßte Tat -, war auch der Versuch ohne besondere Erklärung durch den Gesetzgeber strafbar, demgemäß also auch der untaugliche Versuch. Der Beamte, der eine zur Freisprechung ungeeignete Handlung vornahm, konnte wegen versuchter Begünstigung im Amte - mit der Strafmilderungsmöglichkeit des § 44 StGB - bestraft werden. Der einfache Begünstiger müßte nach der Auffassung, die eine ungeeignete Beistandsleistung zur Erfüllung des Tatbestandes

---

130) Fortsetzung von S. 50:
v. Olshausen, aaO, § 257 Anm 10, S. 1293; ebenso: Ghan, aaO, S. 29

131) Schloßmann in ZStW 1903 (Bd 23), S. 661, 684; ebenso: Gretener, S. 140

132) Jagusch in LK, § 257 Anm 2 b, S. 409; Jagusch verlangt darüberhinausgehend noch eine tatsächliche Erleichterung oder Verbesserung der Lage des Vortäters. Dazu unten, da es an dieser Stelle nur um die Ausscheidung untauglicher Handlungen aus dem Tatbestandsbereich des § 257 StGB geht.

133) Vorschrift geändert durch das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung" vom 24. 11. 1933 - RG Bl I, S. 995. § 257 a StGB wurde durch dasselbe Gesetz eingefügt.

des § 257 StGB für genügend erachtet, bei Vornahme einer untauglichen Handlung wegen vollendeter Begünstigung bestraft werden - ohne die Milderungsmöglichkeit des § 44 StGB. Die in dieser Andersbehandlung des einfachen Begünstigers im Verhältnis zum Begünstiger im Amte etwa liegende Ungerechtigkeit wird indes dadurch ausgeglichen, daß die Strafe nach § 257 StGB erheblich milder ist als die Strafe nach § 346 StGB[134].

Dennoch kann die Ausdehnung der Strafsanktion des § 257 StGB auch auf ungeeignete Handlungen zu einer ungerechten Andersbehandlung des einfachen Begünstigers führen. Die Ungerechtigkeit kann darin bestehen, daß der Beamte sich bei einem Rücktritt von einer untauglichen Versuchshandlung Straffreiheit nach § 46 StGB verdienen konnte[135], es jedoch fraglich erscheint, ob man auch dem einfachen Begünstiger die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts zubilligen kann, wenn er von einer untauglichen Beistandsleistung zurücktritt.

Beispiel: B, der aus den Ermittlungsakten gegen den Vortäter A Beweismittel entfernt hatte, die er als belastend ansah, in Wirklichkeit aber keinesfalls belastend waren, reut sein Vorgehen; bevor die Entfernung entdeckt worden ist, steckt er die Beweismittel wieder in die Akten.

Ein Rücktrittsproblem ergibt sich nur für die Meinung, die auch bei untauglicher Handlung eine formelle Vollendung des § 257 StGB annehmen will. Da die Tat des B mit der Entfernung der Akten vollendete Begünstigung war, ist die Rücktrittsvorschrift des § 46 StGB unanwendbar[136]. Denn diese Vorschrift regelt nur den Rücktritt von einem unbeendeten (§ 46 Nr. 1) oder beendeten (§ 46 Nr. 2) Versuch. Von einem vollendeten Delikt gibt es nur in den vom Gesetz ausdrücklich benannten Fällen einen strafbe-

---

134) § 257 StGB droht "Geldstrafe oder Gefängnis bis zu einem Jahre" an, § 346 StGB (alter und neuer Fassung) dagegen "Zuchthaus bis zu fünf Jahren".

135) Jedenfalls von der heutigen Auffassung her ist auch der Rücktritt von einem untauglichen Versuch möglich - entweder nach § 46 Nr. 2 StGB (so BGH St 11, 324 (328)) oder nach § 49 Abs. 4 StGB analog (so die Literatur, z.B. Baumann, AT, S. 523).

136) Vgl. BGH St 15, 198 (199) zu § 122 Abs. 2 StGB: "§ 46 StGB gilt nur für Versuchshandlungen, bei denen das Gesetz den Versuch als solchen mit Strafe bedroht, nicht aber für Versuchshandlungen, die es, ..., derart regelt, daß der Täter wegen einer vollendeten Straftat bestraft wird".

freienden Rücktritt (z.B. §§ 310, 158 StGB).

Fraglich ist, ob und welche Vorschrift bei einer derartigen Situation analog auf die Vollendungstat zugunsten des Täters anzuwenden ist. Eine Bestrafung des B erscheint an sich unbillig. Denn die Einbeziehung der untauglichen Handlung in den Tatbestandsbereich des § 257 StGB würde zu einer doppelten Belastung des B führen, wollte man ihm einen strafbefreienden Rücktritt verwehren: einmal wird seine Strafbarkeit dadurch erst gegeben, zum anderen würde ihm der Erwerb der Straffreiheit, der z.B. dem untauglichen Versuchstäter einer Begünstigung im Amte oder eines Totschlages[137] zugebilligt wird, versagt.

Schröder will dem Täter mit einer analogen Anwendung des § 83 a StGB helfen und ihm die in dieser Bestimmung genannten Vergünstigungen zuteil werden lassen[138]. Aber selbst bei Zulässigkeit[139] einer analogen Anwendung des § 83 a StGB müßte nicht unbedingt auf Straffreiheit des Täters erkannt werden, vgl. § 83 a Abs. 1 StGB. Die Vorschrift des § 46 StGB läßt dagegen die Straflosigkeit auf jeden Fall eintreten.

Das zweite Argument von Jagusch hat also in Anbetracht der Ungereimtheiten, die eine andere Auffassung mit sich gebracht hätte, viel für sich. Ihm könnte entgegengehalten werden, aus einer früheren Fassung einer Vorschrift dürften keine Rückschlüsse auf eine andere heute noch geltende Vorschrift gezogen werden. Das Argument sei höchstens bis zur Geltung der alten Fassung stichhaltig gewesen.

Dieser Einwand wäre dann berechtigt, wenn sich aus der neuen Fassung des § 346 StGB einwandfrei andere Rückschlüsse ergäben.

§ 346 n.F. ist indes anders strukturiert. Er ist als echtes Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Vollendungsstrafe trifft nur den

---

137) in BGH St 11, 324 ff

138) Schröder in Kern-Festschrift, S. 467/468; auch Schönke-Schröder, § 257 RNr. 46 und § 46 a RNr. 10

139) BGH St 14, 213 (217) zu § 330 c (Unterlassene Hilfeleistung) hat eine analoge Anwendung der im Gesetz normierten Rücktrittsvorschriften für vollendete Taten auf sonstige Straftaten abgelehnt. Begründung: Die Analogie würde zu kriminalpolitisch unerwünschten Ergebnissen führen. BGH St 15, 198 (199/200) hat auch die entsprechende Anwendung der im Gesetz normierten Rücktrittsregeln für Unternehmensdelikte auf das Unternehmensdelikt des § 122 Abs. 2 StGB abgelehnt.

Beamten, der den Vortäter der im Gesetz vorgesehenen Strafe oder Maßregel tatsächlich entzieht. Er ist, gleichgültig ob er geeignete oder ungeeignete Handlungen vornimmt, nur wegen Versuchs zu bestrafen, wenn der Erfolg ausbleibt. Der einfache Begünstiger ist dagegen bei geeigneter Handlung nach beiden hier in Frage stehenden Meinungen wegen vollendeten Delikts zu bestrafen. Er steht sich also ohnehin schlechter als der Beamte bei der Amtsbegünstigung. Wenn dazu noch die untauglichen Handlungen in den Strafbarkeitsbereich einbezogen würden, so wäre das eine kaum mehr zu rechtfertigende Schlechterstellung. Läßt man den einfachen Begünstiger in diesem Fall straffrei ausgehen, so ist zwar der Beamte bei der Amtsbegünstigung schlechter gestellt, da er wegen Versuchs zu bestrafen ist. Aber dessen Andersbehandlung läßt sich durchaus rechtfertigen: Während § 257 StGB die staatliche Rechtspflege schützt, soll § 346 StGB daneben auch die Erfüllung der besonderen Amtspflichten gewährleisten[140]. Auch bei untauglicher versuchter Amtsbegünstigung liegt in der Vornahme der - wenn auch ungeeigneten - Handlung jedenfalls eine Amtspflichtsverletzung. Denn diese ist gegeben, wenn der Beamte gegen seine Pflichten und sein Gewissen handelt[141]. Diese Amtspflichtsverletzung kann seine Bestrafung wegen Versuchs rechtfertigen.

Aus der heutigen Fassung des § 346 StGB ergeben sich somit keine anderen Rückschlüsse.

cc) Schröder sah die Tätigkeit des "Begünstigers" - noch in der 10. Auflage seines Kommentars - nur dann als strafwürdig an, wenn sie die Rechtspflege wirklich gefährdete. Eine Gefährdung der Rechtspflege sei nur dann gegeben, wenn jedenfalls generell die Möglichkeit bestehe, das Handeln ihrer Organe zu beeinträchtigen[142]. Und zwar müsse das Beistandleisten zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege geeignet sein. Eine nur mittelbare Gefährdung, wie z. B. bei der Beeinflussung von Zeugen, zugunsten des Vortäters falsche Angaben zu machen, soll nicht ausreichen. In diesem Punkt wich Schröder schon früher von der Meinung der

140) BGH in NJW 1955, S. 1488 Nr. 17
141) Ebenso Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 207
142) Schönke-Schröder, § 257 Anm III

Rechtsprechung ab, beide sind sich jedoch darüber einig, daß nur Handlungen, die die Rechtspflege wirklich gefährden, strafwürdig sind. Ihre Auffassungen gehen nur bei der Frage auseinander, wie intensiv die Gefährdung sein muß. Die völlig ungefährliche Unterstützungshandlung - eine solche ist aber die ungeeignete Beistandsleistung - scheidet nach beiden Meinungen aus dem strafbaren Bereich der Begünstigung aus[143].

d) Gegen die Annahme, nur geeignete Handlungen seien tatbestandsmäßig, haben sich namhafte Juristen gewandt.

aa) Die Vertreter im Schrifttum, die den Strafbarkeitsbereich der Begünstigung auch auf den Versuch am untauglichen Objekt erstrecken wollen[144], fassen die Begünstigung ebenso in bezug auf die tatbestandliche Ausführungshandlung als Unternehmensdelikt auf.

Da der erstrebte Nutzen bei der Begünstigung im Gesetz nur in der subjektiven Form der Absicht auftrete, die Begünstigung also Absichtsdelikt sei, folgert Kantorowicz[145], daß der geleistete Beistand ebenfalls im subjektiven Sinne, also als eine auf Förderung des Vortäters abzielende Tätigkeit, verstanden werden müsse.

Kaufmann[146] meint, bei dem Begriff des Beistandleistens handele es sich um ein "finales Tätigkeitswort" im Sinne von v. Webers[147]. Es werde ein Handeln gekennzeichnet, das auf den Erfolg gerichtet sei. Nach v. Weber beschreiben die finalen Tätigkeitsworte "ein äußeres Verhalten, dieses aber nach dem vom Täter verfolgten Zweck"[148]. Ob der erstrebte Erfolg verursacht werde, sei unerheblich. Ebenso sei gleichgültig, ob das Eintreten des Erfolges nach den äußeren Umständen überhaupt wahrscheinlich oder möglich sei[149].

In sich widerspruchsvoll sind die Ausführungen Belings[150].

---

143) Und nur um die Frage der Einbeziehung auch untauglicher, ungefährlicher Handlungen in den strafbaren Bereich des § 257 StGB geht es hier. Zu den mittelbaren Unterstützungshandlungen genauer unten, S. 101 ff

144) Siehe oben S. 30 ff

145) Tat und Schuld, S. 188; ähnlich Geerds in v.Hentig-Festschrift, S. 137

146) Armin, Dogmatik, S. 231

147) v. Weber, Grundriß, S. 54

148) v. Weber, Aufbau des Strafrechtssystems, S. 8 f; ebenso in Grundriß, S. 54

149) Fortsetzung auf S. 56

Während er auf S. 18 das Beistandleisten definiert als "jemandem förderlich sein, also Handlungen vornehmen, die ihm nützlich sind", sagt er auf S. 21, daß es ein Irrtum der herrschenden Meinung sei, anzunehmen, daß es bei Untauglichkeit des Beistandes zur Erreichung eines der Zwecke am Beistande selber fehle. Damit sei verkannt, daß auch bei absoluter Ungeeignetheit der Handlung immerhin "eine Förderung der Interessen des Vortäters - also auch ein Beistand -" liegen könne.

Wie kann aber in einer Handlung, die im Hinblick auf den erstrebten Erfolg absolut ungeeignet ist, eine Förderung der Interessen des Vortäters liegen?

Auf S. 23 prüft Beling, ob ein Begünstigungsversuch denkbar ist. Er bejaht die Frage mit der Begründung: als Anfang der Ausführung erscheine jede Handlung, die ohne tatsächlich dem Vortäter förderlich zu sein, doch geeignet wäre, diese Förderung herbeizuführen. Dabei hebt Beling wieder mit Nachdruck hervor, daß es gleichgültig sei, ob das Ziel durch die Beistandsleistung überhaupt erreicht werden könne (ebenso auf S. 31 und S. 37).

Beling will hier offensichtlich zwischen der Eignung zur Förderung der Interessen des Vortäters und der Eignung zur Erfolgsherbeiführung unterscheiden. Da er letztere Eignung nicht verlangt, kann er zu den Vertretern gezählt werden, die sich insoweit mit der Tendenz des Begünstigers begnügen.

bb) Diese Vertreter unterstellen, die Begünstigung sei ein echtes Unternehmensdelikt, und folgern aus dieser Behauptung, daß auch der untaugliche Versuch - vom Standpunkt der subjektiven Versuchstheorie aus - strafbar sein müsse. Die Schlußfolgerung ist zwar konsequent, aber die Prämisse nicht bewiesen. Die notwendige Prüfung, ob sich aus Sinn und Zweck des § 257 StGB für den Begriff des Beistandleistens ergibt, daß Eignung nicht zu verlangen ist, kann nicht mit der Behauptung umgangen werden, die Begünstigung sei Unternehmensdelikt[151]. Eine Begrün-

---

149) Fortsetzung von S. 55:
v. Weber, Aufbau des Strafrechtssystems, S. 9
150) Beling in VDB, Bd VII, S. 18 ff
151) Im Ergebnis ebenso: Göckel, Diss., S. 36

dung für ihre der Rechtsprechung entgegengesetzte Auffassung bringen diese Vertreter also in Wirklichkeit nicht.

cc) Aber auch Juristen, die sich gegen die Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt ausgesprochen haben, wenden sich gegen die Annahme, daß nur geeignete Beistandsleistungen den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen.

(1) Aus der Fassung des § 257 StGB könne nicht ohne weiteres der Grundsatz abgeleitet werden, so führt Hälschner[152] aus, daß in allen Fällen der Begünstigung nur die Absicht des Begünstigers entscheidend sei, die Strafbarkeit des Begünstigten aber nicht vorausgesetzt werde. Vielmehr sei eine Strafvereitelung nur solange möglich, wie der Strafanspruch des Staates noch nicht völlig getilgt sei[153]. Eine Vorteilssicherung sei ausgeschlossen, wenn der durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Vermögenszustand in irgendeiner Weise rechtliche Ausgleichung gefunden habe[154].

Bei seinen Ausführungen über die Handlung, die der Tatbestand des § 257 StGB erfordert[155], unterscheidet Hälschner nicht zwischen genereller Tauglichkeit und Tauglichkeit im konkreten Fall. Er schreibt: "Hat die Handlung im concreten Falle den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt, so hat sie sich damit unter den gegebenen Umständen als eine für ihren Zweck ungeeignete erwiesen". Er übersieht dabei, daß das Mittel sehr wohl geeignet sein kann, auch wenn der Erfolg ausbleibt. Wenn z.B. B dem Vortäter A Geld zur Flucht gibt, A aber festgenommen wird, ehe er fliehen kann, so war die Ermöglichung der Flucht doch ein generell geeignetes Mittel. Es kann nicht gesagt werden, daß sich die Geldhingabe "als eine für ihren Zweck ungeeignete" Handlung erwiesen habe.

Hälschner fährt dann fort: "Aber es kann diese Untauglichkeit der Handlung ihre Strafbarkeit nicht ausschließen, wofern sie nur tauglich war, die Absicht, mit der sie verübt wurde, kenntlich zu machen". Anschließend bringt er nur Beispiele, die alle geeignete Beistandsleistungen sind. Es ist deshalb zweifelhaft,

---

152) Bd 2, Abteil. 2, S. 872
153) aaO, S. 873/874
154) aaO, S. 880
155) aaO, S. 876

ob Hälschner wirklich die Tendenz des Begünstigers genügen lassen will, ohne Rücksicht auf generelle Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Handlung, zumal sich "diese Untauglichkeit der Handlung" auf die vorher angeführte Ungeeignetheit im konkreten Fall bezieht. Denn auch die Rechtsprechung verlangt ja nicht, daß sich die Handlung "unter den gegebenen Umständen als eine für ihren Zweck" geeignete erwiesen hat, also erfolgreich war.

(2) Welzel[156], Dreher[157] und Schröder[158] sehen die Begünstigung in bezug auf die tatbestandliche Ausführungshandlung - also das Beistandleisten - auch als Unternehmenstatbestand oder Versuchstatbestand an. Daher genüge jede Hilfeleistung, die nach der Vorstellung des Täters geeignet sei, den erstrebten Erfolg zu erreichen.

Daß diese "Begründung" nicht genügt, wurde oben[159] schon dargetan: Schlußfolgerungen können erst gezogen werden, wenn die Prämisse bewiesen ist. Die Prämisse ist aber erst bewiesen, wenn sich aus Sinn und Zweck des § 257 StGB das Erfordernis der Eignung nicht ableiten läßt. Dazu haben aber Welzel und Dreher nichts vorgetragen.

(3) Genauer behandelt Schröder[160] das Problem, indem er die drei Begünstigungstatbestände - § 257, § 346 und § 257 a StGB - zu koordinieren versucht.

Die Vorschriften des § 346 - Begünstigung im Amt - und des § 257 a - Vereitelung von Sicherungs- und Besserungsmaßregeln - sind konstruktiv als echte Erfolgsdelikte ausgestaltet, denn das Verhalten der Begünstiger muß dazu führen, daß die staatliche Maßnahme gegen den Vortäter tatsächlich in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt worden ist. Bei beiden Vorschriften ist dafür aber der Versuch strafbar[161]. Dagegen braucht bei § 257 StGB das Verhalten des Begünstigers unbestritten nicht zur Strafvereitelung oder Vorteilssicherung geführt zu haben, dafür ist aber der Versuch nicht für strafbar erklärt worden. Eine unterschiedliche Be-

156) Lehrb., § 58 I 1 b, S. 373 und § 76 III 1 b, S. 495
157) Kommentar, § 257 Anm 1 A, S. 963
158) NJW 1962, S. 1038 r.Sp. und in Kern-Festschrift, S. 465/466
159) auf S. 56
160) NJW 1962, S. 1037 ff
161) Vgl. § 257 a Abs. 2 StGB; bei der Begünstigung im Amt ergibt sich die Versuchsstrafbarkeit aus der Verbrechensnatur.

handlung weisen die gesetzlichen Bestimmungen - falls bei § 257 StGB die Eignung der Handlung verlangt wird - also vor allem hinsichtlich einer untauglichen Hilfe des Begünstigers auf. Während nach der subjektiven Versuchstheorie bei § 346 und § 257 a der untaugliche Versuch strafbar wäre (allerdings mit der Milderungsmöglichkeit des § 44 StGB), würde bei § 257 der Begünstiger straffrei ausgehen. Schröder[162] meint nun, dies könne zu völlig ungereimten und ungerechten Konsequenzen führen, und zwar in der Hauptsache im Verhältnis des § 257 a zu § 257 StGB. Er bringt folgendes Beispiel:

> Wer zwei aus der Haftanstalt ausgebrochenen Gefangenen in einer Weise hilft, die objektiv völlig ungeeignet ist, würde, wenn es sich bei dem einen um einen Strafgefangenen handelt, nach § 257 straflos sein, während die gleiche Handlung in bezug auf einen Gefangenen, der sich in Sicherungsverwahrung befand, nach § 257 a Abs. 2 bestraft werden müßte.

Dieses Ergebnis lasse sich nur dadurch vermeiden, daß § 257 StGB als Unternehmenstatbestand aufgefaßt und damit auch der "untaugliche Versuch" in den Tatbestandsbereich dieser Vorschrift einbezogen werde.

Schröder hat also mit Hilfe der "logischen und systematischen Auslegungsmethode"[163] zumindest seine Auffassung zu begründen versucht, bevor er die Begünstigung in bezug auf die tatbestandliche Ausführungshandlung als Unternehmensdelikt stempelte. Da er durch Auslegung des Merkmals "Beistandleisten" zu dem Ergebnis gelangt, daß die Strafsanktion des § 257 StGB auch auf ungeeignete Handlungen auszudehnen sei, kann seine Kennzeichnung der Begünstigung als "unechtes Unternehmensdelikt"[164] nicht beanstandet werden.

3. Schröders Versuch, § 257 StGB mit den §§ 257 a, 346 StGB zu koordinieren, ist indes zu einseitig an einer bestimmten Fallkonstellation orientiert. Eine völlige Koordinierung ist, wie

---

162) NJW 1962, S. 1038 r.Sp.
163) Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 244/245
164) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 3 und 20

auch Schröder einräumt[165], gar nicht möglich. So liegt zwar ein strafbarer Versuch nach den §§ 43, 257 a Abs. 2 StGB vor, wenn der Täter irrig annimmt, gegen den "Begünstigten" sei eine bestimmte Maßregel der Sicherung und Besserung rechtskräftig angeordnet worden. Der "Begünstiger" nach § 257 StGB macht sich aber nicht strafbar, wenn er irrig davon ausgeht, der "Begünstigte", den er über die Grenze bringt, fliehe ins Ausland, um einer Strafverbüßung zu entgehen[166]. Es fragt sich daher, ob wegen der Koordinierungsmöglichkeit in einem Punkt die Ausweitung des § 257 StGB gutzuheißen ist.

a) Bedenken stellen sich zunächst ein, wenn man sich der Konsequenzen bewußt wird, die sich bei Zugrundelegung der Auffassung Schröders ergeben.

Wenn man die Beistandsleistung als "Unternehmenshandlung" wertet, müßte auch bereits der Anfang der Ausführungshandlung unter die Strafsanktion des § 257 StGB fallen. In allen Fällen, in denen der Begünstiger seine Handlung zwar begonnen, aber nicht zum Abschluß gebracht hat, müßte wegen Begünstigung bestraft werden. Gerade diese Fälle, in denen es durch äußeren Einfluß - sei es durch das Dazwischentreten der Polizei oder durch sonstige Begebenheiten - nicht zur Beendigung des vom Täter geplanten Beistandes kommt, sind besonders zweifelhaft. Zur Erläuterung der Problematik mögen zwei Beispiele dienen:

1. (Fall nach RG in DJZ 1925 (Bd 30), S. 433):
   A hatte sich an den Platz begeben, wo die Beute der Diebe B und C versteckt war, um womöglich das Gut fortzubringen. Als er gerade die Sachen einpacken will, wird er dabei überrascht und festgenommen[167].
2. (Fall nach Obertribunal Berlin in GA 1874 (Bd 22), S. 619):
   Der Vortäter hatte Wertpapiere unterschlagen. Der Angeklagte hatte sich darum bemüht, das zur Wiederherstellung des unterschlagenen Depots nötige Geld zusammenzubringen. Es war ihm gelungen, die Zusage eines Dritten zu erhalten, der die fehlenden Papiere ersetzen wollte. Zur Wiederherstellung des Depots kam es nicht.

---

165) NJW 1962, S. 1037
166) Vgl. oben S. 37 ff
167) Vgl. auch Einleitung Fall 4, S. 2

Es ist fraglich, ob Schröder wirklich so weit gehen und jegliche kleinste Handlangung des Täters - sofern sie das Stadium bloßer Vorbereitung überschritten hat und als Anfang der Ausführung des beabsichtigten Beistandes erscheint - als Begünstigung qualifizieren will. Zieht er nicht diese Konsequenz, zu der seine Ansicht führt, ist ihm vorzuhalten, daß er keine völlige Koordinierung mit dem Versuch des § 257 a StGB vornimmt. Denn wer z. B. einem aus der Sicherungsverwahrung ausgebrochenen Gefangenen gerade das nötige Geld zur Flucht ins Ausland aushändigen will, dabei aber von einem Polizeibeamten überrascht wird, würde wegen versuchter Vereitelung von Sicherungsmaßregeln bestraft, wenn es sich jedoch um einen Strafgefangenen handelte, würde er nach § 257 StGB straflos sein.

Will Schröder indes diese Konsequenz ziehen, so ist ihm die Frage entgegenzuhalten, ob der Zweck des § 257 StGB wirklich eine derartige Ausdehnung der Strafsanktion erfordert[168]. Soll es schon als Begünstigung anzusehen sein, wenn jemand das Beutelager betritt, um die Diebesbeute fortzuschaffen, und dort von einer auf Lauer liegenden Person festgenommen wird?

Mit dem Eignungserfordernis lassen sich derartige Fälle ohne weiteres aus dem Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB ausscheiden. Die ausgeführte (Teil-) Handlung - losgelöst von der insgesamt vorgesehenen Handlung - ist noch nicht geeignet, den erstrebten Erfolg (Strafvereitelung, Vorteilssicherung) herbeizuführen. So ist z.B. das Aufsuchen des Beuteverstecks - für sich betrachtet - ungeeignet zur Erfolgsbewirkung[169].

Folgt man dennoch der von Schröder vorgeschlagenen Koordinierung des § 257 mit den §§ 257 a, 346 StGB für den Fall, daß der Täter eine zur Erfolgsherbeiführung untaugliche Handlung vornimmt, wird eine weitere Koordinierung der genannten Vorschriften erforderlich, wenn der Begünstiger im Sinne des § 257 StGB von einer untauglichen Beistandsleistung zurücktritt. Bei einem Versuch der Tat des § 257 a StGB steht dem Täter die Möglichkeit

---

168) Zur Auslegung des Merkmals "Beistandleisten" an Hand des Unrechtsgehaltes der Begünstigung siehe unten, S. 105 ff

169) Dazu genauer unten, S. 98

eines gemäß § 46 StGB strafbefreienden Rücktritts offen. Bei § 257 StGB ist jedoch fraglich, ob sich der Täter durch Rücktritt von einer untauglichen Handlung Straffreiheit verdienen kann[170]. Um in diesem Punkt sachlich ungerechtfertigte Ergebnisse zu vermeiden, müßte dem Täter des § 257 StGB diese Möglichkeit gewährt werden. Schröder hält demgemäß eine analoge Anwendung des § 83 a StGB für möglich und will dem Täter des § 257 StGB die in dieser Bestimmung genannten Vergünstigungen zuteil werden lassen[171].

Es fragt sich aber, ob die Koordinierung in einem bestimmten Punkt - Vornahme einer untauglichen Handlung - gutzuheißen ist, wenn infolge der Ausweitung des § 257 StGB in bezug auf andere Fallkonstellationen neue Schwierigkeiten erwachsen. Dabei ist zu bedenken, daß selbst in dem einen Punkt ein in jeder Hinsicht gerechtfertigtes Ergebnis erst im Rahmen der Strafzumessung erzielt werden kann. Denn bei Zugrundelegung der Meinung Schröders würde in dem von ihm gebrachten Beispiel[172] der Täter des § 257 a StGB nur wegen versuchter Vereitelung von Sicherungsmaßregeln bestraft, der Täter des § 257 StGB dagegen wegen vollendeter Vollstreckungsvereitelung. Da objektiv keine Gefährdung der Aufgaben der Rechtspflege gegeben war, würde bei dem Begünstiger des § 257 a StGB von der Strafmilderungsmöglichkeit des § 44 StGB sicher Gebrauch gemacht. Bei dem Begünstiger des § 257 StGB wäre zwar eine Anwendung des § 44 StGB nicht möglich[173], es könnte aber im Rahmen der Strafzumessung ein Ergebnis erzielt werden, das dem § 44 StGB entspricht, da § 257 StGB keine Mindeststrafe androht.

b) Ein Bedürfnis einer Koordinierung der Vorschrift des § 257 StGB mit der des § 257 a StGB im Falle einer untauglichen Beistandsleistung kann indes - selbst wenn man die dargelegten Bedenken außer Betracht läßt - nicht anerkannt werden, wenn sich sachliche Gründe für eine unterschiedliche Regelung finden lassen.

Das von Schröder angegriffene Ergebnis der Meinung, die eine

---

170) Zu dieser Problematik vgl. oben, S. 52 f
171) Kern-Festschrift, S. 467/468
172) Vgl. oben, S. 59
173) So ausdrücklich Schröder in Kern-Festschrift, S. 467

Eignung der Handlung erfordert: Versuchsstrafe für den Täter des § 257 a StGB - Straffreiheit für den Täter des § 257 StGB, ist durchaus zu rechtfertigen.

Zwar haben beide Täter in dem von Schröder angeführten Fall (vgl. oben S. 59) eine Bereitschaft zur Auflehnung gegen ein gerichtliches Urteil bewiesen. Aber die Auflehnung gegen das Urteil, das eine Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet hat, steht in einem etwas anderen Licht. So darf z.B. die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gemäß § 42 b StGB nur angeordnet werden, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert; nach § 42 e StGB die Sicherungsverwahrung nur, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, daß er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist, und eine frühere Verurteilung (Abs. 1 Nr. 1) oder Freiheitsentziehung (Abs. 1 Nr. 2) gegeben ist. In diesen Fällen ist die Öffentlichkeit schon allein durch den Ausbruch der Verwahrten latent gefährdet. Der Begünstiger des § 257 a StGB will sich den Bemühungen der Rechtspflege, diese Gefahr für die Allgemeinheit zu beseitigen, hindernd in den Weg stellen, indem er trotz Kenntnis von der Gefährlichkeit des Begünstigten dessen Wiederergreifung zu unterbinden versucht. Da er sich dem schutzwürdigen Interesse der Allgemeinheit an der Unterbringung der gefährlichen Täter entgegenstellt, verdient er auch dann Strafe, wenn seine Unterstützungshandlung objektiv nicht geeignet ist, die Unterbringung des Täters zu verhindern.

Ein Vergleich der Begünstigungsvorschriften legt es somit keineswegs nahe, auf das Erfordernis der Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung in § 257 StGB zu verzichten.

4. a) Nach Schröder würde die Definition der Beistandsleistung etwa so lauten:

> Beistandsleistung ist jede zur Strafvereitelung oder Vorteilssicherung objektiv geeignete oder vom Täter für geeignet gehaltene und subjektiv mit Strafvereitelungs- oder Vorteilssicherungsabsicht ausgeführte oder die Ausführung beginnende Handlung.

Eine solche Begriffsbestimmung steht im Gegensatz zur Auslegung des entsprechenden Begriffes "Hilfe leisten" im Sinne der

Beihilfevorschrift.

Eine Gehilfenhandlung gemäß § 49 StGB ist nach der Rechtsprechung und herrschenden Literaturmeinung jede Tätigkeit, die die Durchführung der Haupttat irgendwie tatsächlich gefördert hat[174]. Die bloße Absicht des Gehilfen, durch seine Hilfeleistung die Haupttat zu unterstützen und zu fördern, reicht zur Annahme einer strafbaren Beihilfe nicht aus[175]. Demnach muß die Tätigkeit des Gehilfen ein taugliches Mittel zur Förderung der Haupttat sein. Ist sie es nicht, liegt strafloser Versuch vor.

Erfordert eine strafbare Handlung des Begünstigers die objektive Eignung der Beistandsleistung zur Erfolgsherbeiführung, so wird dies zwar immer noch eine gewisse Abweichung von der Gehilfenhandlung darstellen, da jene die Durchführung der Haupttat tatsächlich gefördert haben muß. Die Abweichung ist jedoch längst nicht so groß, wie sie bei Zugrundelegung der Auffassung Schröders wäre.

Wenn auch die sprachverwandten Begriffe "Hilfe leisten" in § 49 StGB und "Beistand leisten" in § 257 StGB auf eine Parallelität der Tatbestände hindeuten, so ist jedoch zu beachten, daß entsprechende Begriffe in verschiedenen Gesetzesvorschriften relativ auszulegen sind. Die Hilfeleistung im Sinne des § 49 StGB aber vom Objektiven, die Beistandsleistung im Sinne des § 257 StGB gänzlich von der subjektiven Einstellung des Täters her zu interpretieren, ist indes nur angängig, wenn der Sinn des § 257 StGB dies unbedingt gebietet.

Das kriminalpolitische Grundanliegen ist im Fall der Begünstigung, die Rechtspflege vor einer Beeinträchtigung ihrer Aufgaben zu schützen[176]. Aber nur die objektive Gefährdung dieser berechtigten Interessen kann in einem geordneten Staatswesen als Störung des Zusammenlebens der Staatsbürger gewertet

---

174) RG St 8, 267 (268/269); 58, 113 (115); 67, 191 (193); 71, 176 (178); 73, 52 (54); BGH VRS Bd 8, S. 199 (201); Baumann, AT, § 37 II 1, S. 581 und S. 585/586; Kohlrausch-Lange, § 49 Anm III 1, S. 178; Schönke-Schröder, § 49 RNr. 4 Darüberhinaus verlangt eine Mindermeinung, daß das Handeln des Gehilfen für den Taterfolg ursächlich war, z.B. Class, Kausalität der Beihilfe, S. 115, 123 ff; Frank, § 49 Anm IV, S. 127

175) RG St 58, 113 (115); OLG Freiburg in JZ 1951, S. 85 r.Sp. oben; Frank, § 49 Anm IV, S. 127

176) Schröder in NJW 1962, S. 1039 r.Sp.

werden. Einer Ausdehnung der Strafsanktion auf Handlungen, die die Rechtspflegeaufgabe nicht einmal objektiv zu beeinträchtigen vermögen, ist nicht unbedingt erforderlich.

Wenn man weiter bedenkt, daß die Beistandsleistung zur Begehung der Tat für die Gemeinschaft weitaus gefährlicher ist - da durch die Beihilfe ein großer Teil der Delikte erst ermöglicht wird - als die Beistandsleistung nach vollendeter Tat - da jeder Täter meist selbst mit allen Mitteln versuchen wird, der strafenden Gerechtigkeit zu entgehen -, so ist kein Grund ersichtlich für die Forderung, mit den Beistandsleistungen nach der Tat auch die untauglichen zu erfassen.

Die Vorschrift des § 257 StGB bedingt deshalb keineswegs eine derart abweichende Interpretation.

Zu welcher Diskrepanz eine derart abweichende Auslegung der Begriffe "Hilfeleisten" und "Beistandleisten" führen kann, sei an einem Beispiel aufgezeigt:

> A besorgt sich vor einem geplanten Mord bei X einen falschen Paß, um damit ins Ausland zu fliehen. Die Fälschung ist jedoch derart plump, daß A den Paß nicht gebrauchen kann. Er besorgt sich nunmehr bei Y einen anderen, besser gefälschten Paß und begeht dann die Tat.
>
> Abwandlung: A wendet sich erst nach der Tat an X und anschließend an Y.

Bei Zugrundelegung der Meinung Schröders wäre X im Grundfall straflos (strafloser Versuch der Beihilfe), im abgewandelten Fall wegen Begünstigung zu bestrafen. Der Wille des X, die Begehung der Tat durch Aushändigung des gefälschten Passes zu fördern, ist für die Gemeinschaft weitaus gefährlicher als der Wille, A der Bestrafung für den ohne seine Mitwirkung erfolgten Mord zu entziehen. Nach der Meinung Schröders indes wäre die mit Begünstigungstendenz vorgenommene Handlung des X strafwürdiger.

Die Richtigkeit des oben gefundenen Ergebnisses bestätigen kann die Entstehungsgeschichte des § 257 StGB. Gekoppelt mit der systematischen Auslegungsmethode läßt die historische Methode erkennen, was sich der Gesetzgeber bei der Eingruppierung des Tatbestandes in die Gesamtsystematik des Strafgesetzbuchs vorgestellt hat[177]. Zwar ist die Absicht des historischen Ge-

---

177) Baumann, AT, § 13 I 2 b, S. 137

setzgebers für die Ermittlung des Gesetzessinnes nur ein "Anhaltspunkt"[178], ein "Moment"[179], jedoch nicht ganz ohne Bedeutung für den Inhalt des heute maßgeblichen Gesetzessinnes. Der Entstehungsgeschichte des § 257 StGB kommt insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit eines gefundenen Ergebnisses bestätigen oder Zweifel, die noch nicht ausgeräumt sind, beheben kann.

Wie oben[180] dargelegt, wurde die Begünstigung jahrhundertelang als eine Art nachfolgender Beihilfe aufgefaßt. Mag diese Auffassung auch mit der heutigen Wissenschaft als verfehlt anzusehen sein, so ist doch anzuerkennen, daß die Strafrechtswissenschaft nicht ganz ohne Grund Jahre hindurch an dieser Meinung festgehalten hat. Begünstigung und Beihilfe haben gemeinsame Merkmale, vor allem sind beide Delikte von der Existenz eines Vortäters bzw. Haupttäters abhängig. Begünstiger und Gehilfe wollen mit ihrer Beistandsleistung oder Hilfe dem Täter förderlich sein, mögen sie mit ihrer Tätigkeit auch verschiedene Zwecke verfolgen. Die objektive Tathandlung, die Willensbetätigung in der Außenwelt, kann sogar so gleichartig sein, daß eine Abgrenzung der Begünstigung zur Beihilfe Schwierigkeiten bereitet, nämlich wenn der Täter dem Vortäter seine Unterstützung in der Zeit zwischen materieller Vollendung und tatsächlicher Beendigung angedeihen läßt[181].

Wenn nun die Begünstigung jahrhundertelang als eine Art der Beihilfe angesehen wurde, erscheint es dann gerechtfertigt, für die Gehilfenhandlung eine wirkliche Förderung der Haupttat zu verlangen, dagegen als Begünstigungshandlung jedes untaugliche Mittel zur Strafvereitelung oder Vorteilssicherung genügen zu lassen? Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung der Begünstigung zu einem selbständigen Vergehen den Tatbestand des § 257 StGB auf die Fälle der untauglichen Beistandsleistungen ausdehnen wollte.

b) Zu welchen Ungereimtheiten man bei Zugrundelegung der Auf-

---

178) Baumann, AT, S. 138
179) Larenz, Methodenlehre, S. 240; BVerfG E 1, 299 (312); 10, 234 (244); 11, 126 (130); BGH St 10, 157 (159/160)
180) auf S. 6 und S. 11 ff
181) Dazu unten, S. 70 f

fassung Schröders kommt, zeigt sich, wenn die Vorschrift des § 257 Abs. 3 StGB in die Betrachtung einbezogen wird.

Das Gesetz will die vor der Tat zugesagte Begünstigung als Beihilfe behandelt wissen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Zusage den Vortäter in seinem verbrecherischen Vorhaben gestärkt hat oder nicht[182].

Zur Erläuterung der Ungereimtheiten mögen zwei Fälle dienen:

Fall 1:

B hat dem fest zum Diebstahl entschlossenen A vor der Tat zugesagt, seine Gartenbude als Versteck für die Diebesbeute zur Verfügung zu stellen. Im Zeitpunkt der Zusage war die Gartenbude indessen - was B nicht wußte - bereits von spielenden Kindern verbrannt worden.

1. B gibt A den Schlüssel für die Gartenbude vor der Tat.

a) A will sich vor der Tat die Gartenbude ansehen und bemerkt, daß sie nicht mehr vorhanden ist.

Die "Hilfeleistung" des B hat die Durchführung der Haupttat nicht gefördert. Auch die Zusage als solche ist nicht als psychische Beihilfe im Sinne des § 49 StGB zu werten, da die von B erklärte Bereitschaft, dem A zu helfen, A's Tatentschluß nicht bestärkt hat, also keine geistige Unterstützung des Täters war. Es liegt ein - strafloser - Beihilfeversuch vor.

1. b) A bemerkt das Nichtvorhandensein der Gartenbude erst nach Tatausführung.

Auch in diesem Fall ist die begünstigende Handlung bereits vor Tatbegehung erfolgt, so daß eine Anwendung des § 257 Abs. 3 StGB nicht möglich ist, denn diese Vorschrift erfordert eine vorher zugesagte und nachträglich geleistete Begünstigung[183]. Möglich ist hier indessen die Bestrafung nach § 49 StGB wegen psychischer Beihilfe.

2. B merkt später, daß die Gartenbude abgebrannt ist, und sagt es A, als dieser nach der Tat den Schlüssel holen will.

Da hier die vor der Tat zugesagte Unterstützung später von B nicht geleistet wird, liegt nur ein strafloser Versuch vor. Wird die Begünstigung nur zugesagt, aber nicht gewährt, so kann allerdings eine Bestrafung unmittelbar aus § 49 StGB in

182) BGH St 11, 316 (317); Schönke-Schröder, § 257 RNr. 50
183) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 53 a

Betracht kommen[184].

3. B gibt A den Schlüssel nach der Tat.
Die Beistandsleistung des B war zur Vorteilssicherung völlig ungeeignet, denn in einer nicht mehr vorhandenen Gartenbude kann die Beute nicht versteckt werden. Verlangt man nun für die Anwendbarkeit des § 257 Abs. 3 StGB, daß der Begünstiger sich ohne vorherige Zusage nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hätte[185], so könnte B nur nach Schröders Meinung gemäß § 257 Abs. 3 StGB wegen Beihilfe zum Diebstahl des A bestraft werden. Das bedeutet: Was sonst, wenn es vor Tatabschluß geschieht, nur als - strafloser - Beihilfeversuch zu beurteilen ist (vgl. Fall 1. a)), wird über § 257 Abs. 3 StGB zu einer vollendeten Beihilfe aufgewertet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Zusage den Vortäter in seinem verbrecherischen Vorhaben gestärkt hat oder nicht (vgl. Fall 1. a) und b) zu § 49 StGB).

Hierfür besteht indes vom Sinn des § 257 Abs. 3 StGB her keinerlei Bedürfnis. Der gesetzgeberische Grund, der zur Einstufung der im voraus zugesagten Begünstigung als Beihilfe geführt hat, ist einmal darin zu sehen, daß der Begünstiger, der die Beistandshandlung vorher verspricht, einen stärkeren verbrecherischen Willen offenbart und deshalb die vielfach schwerere Strafe des Gehilfen verdient[186]. Zum anderen behandelt Abs. 3 die Begünstigung deshalb als Beihilfe, weil als Wirkung der Zusage die psychische Unterstützung des Vortäters präsumiert wird[187]. Die Vorschrift des § 257 Abs. 3 StGB geht demgemäß davon aus, daß die vorher zugesagte Begünstigung in ihrer Strafwürdigkeit der Beihilfe nach § 49 StGB gleichwertig ist und deshalb auch nicht der Zufall darüber entscheiden soll (vgl. Fall 1, 1. und 3.: B gibt A den Schlüssel vor oder nach der Tat!), ob der begrenzte Strafrahmen des § 257 StGB anzuwenden oder die Strafe der für die Vortat geltenden Strafvorschrift zu entnehmen ist. Beide Fälle werden deshalb über § 257 Abs. 3 StGB gleichgestellt. Ist indes die Handlung, wenn sie vor Tatabschluß geschieht, gar keine strafbare Beihilfe, so besteht

---

184) Jagusch in LK, § 257 Anm 6; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 51
185) So BGH in NJW 1958, S. 1005 r.Sp.
186) RG St 49, 381 (385); BGH St 6, 20 (23); 11, 316 (317)
187) BGH St 6, 20 (23); Jagusch in LK, § 257 Anm 6; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 53, S. 1245

auch kein Bedürfnis, sie über § 257 Abs. 3 StGB zu einer vollendeten Beihilfe aufzuwerten.

Fall 2:

> Vor Begehung eines Diebstahls sagt B dem A zu, die zu erwartende Beute könne er - B - ganz sicher bei einem Bekannten verbergen. A stiehlt, B bringt das Diebesgut zu seinem Bekannten, der aber "unglücklicherweise" der von A zuvor Bestohlene selbst ist, was weder A noch B wußten.

Die Beistandsleistung des B war zur Vorteilssicherung völlig ungeeignet, denn das Verbergen der Beute beim Bestohlenen kann dem Vortäter nicht die Vorteile aus der Vortat sichern. Verlangt man für die Anwendbarkeit des § 257 Abs. 3 StGB, daß der Begünstiger sich ohne vorherige Zusage nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hätte[188], so könnte B nur nach Schröders Auffassung wegen Beihilfe zum Diebstahl des A nach § 257 Abs. 3 StGB bestraft werden. B, der das Recht des Eigentümers auf Restitution objektiv nicht nur nicht erschwert, sondern sogar dem Eigentümer zu seinem Recht verholfen hat - wenn auch unbewußt und ungewollt -, würde hier allein wegen seines bösen Willens sogar wegen vollendeter Beihilfe zum Diebstahl bestraft. Auch hier würde die Tat über § 257 Abs. 3 StGB zu einer vollendeten Beihilfe aufgewertet.

In obiger Fallgestaltung bliebe allerdings auch für die Rechtsprechung die Möglichkeit einer Bestrafung, nämlich unmittelbar aus § 49 StGB, wenn in der Zusage eine psychische Beihilfe gesehen werden kann. Bei geringer Abänderung des Falles wäre jedoch auch diese Möglichkeit versperrt:

> Vor Tatausführung wird dem A bewußt, daß der Bekannte, bei dem B die Diebesbeute verbergen will, gerade das Opfer des Diebstahls sein soll. Vor Ausführung des Diebstahls kommt A jedoch nicht dazu, B zu unterrichten. Nach der Tat holt B die Beute bei A ohne dessen Willen und Wissen ab und "verbirgt" sie bei dem Bestohlenen, ehe A ihn aufklären konnte.

Hier könnte B also nur aus § 257 Abs. 3 StGB wegen Beihilfe bestraft werden. Vergleicht man die Tätigkeit des B, die objektiv zu keinem Zeitpunkt die Restitution erschwert oder die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten hat - im Gegenteil sie schnellstens beendete - z.B. mit der Tätigkeit eines wirklichen Gehilfen C, der die Durchführung

188) BGH in NJW 1958, S. 1005 r.Sp.

des Diebstahls tatsächlich gefördert hat, so wird ersichtlich, wie wenig berechtigt es ist, B dem C gleichzustellen und ihn ebenfalls wegen vollendeter Beihilfe zum Diebstahl zu bestrafen. Das Handeln des B steht nur einer versuchten Beihilfe gleich und muß dementsprechend straflos bleiben.

c) Ungereimtheiten ergeben sich auch, wenn man mit der Rechtsprechung[189] die Hilfeleistung nach Vollendung, aber vor Beendigung der Tat danach beurteilt, mit welchen Vorstellungen und welchem Willen der Hilfeleistende gehandelt hat.

In dem zwischen Vollendung und Beendigung einer Straftat liegenden Zeitraum kann eine dem Täter gewährte Unterstützung entweder Beihilfe zur Haupttat oder Begünstigung der Vortat sein. Wenn nun zwei Personen dem Täter zwischen Vollendung und Beendigung der Tat objektiv ungeeignete Hilfe leisten, der eine mit Beihilfewillen, der andere mit Begünstigungsabsicht, so bleiben sie nach der Rechtsprechung beide straflos. Bei Zugrundelegung der Meinung, die für die Hilfeleistung im Sinne des § 257 StGB vom Erfordernis der objektiven Eignung absieht, müßte derjenige, der mit Begünstigungstendenz seinen Beistand gewährte, wegen vollendeter Begünstigung bestraft werden - vorausgesetzt, daß der Rechtsprechung bei der Abgrenzung der Beihilfe zur Begünstigung zuzustimmen ist. Der andere, der zur Entstehung des Deliktsunrechts beitragen wollte, bliebe straflos.

Es wäre also jedem, der eine ungeeignete Unterstützungshandlung vorgenommen hat, zu raten, seinen Gehilfenwillen zu behaupten, auch wenn er in Wahrheit mit Begünstigungsabsicht gehandelt hat. Denn ist ihm seine Begünstigungsabsicht nicht einwandfrei nachzuweisen, so ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" von einem Beihilfevorsatz auszugehen. Der minder gewandte Täter würde für seine Unkenntnis im wahrsten Sinne des Wortes "bestraft", wenn man die Meinung Schröders zugrundelegt und mit der Rechtsprechung die Hilfeleistung zwischen Vollendung und Beendigung der Tat nach der Absicht des Hilfeleistenden beurteilt. Ob der Täter straffrei ausgeht oder nicht, kann also von ihm selbst manipuliert werden. Solche Ergebnisse widersprechen

189) BGH St 4, 132 (133); ebenso: RG St 58, 13 (15); Baumann in JuS 1963, S. 51 (55 1.Sp.)
Zur Abgrenzung auch: Furtner in MDR 1965, S. 431

aber dem einen Rechtsstaat immanenten Gerechtigkeitsgebot.

Schröder - obgleich er für die Hilfeleistung im Sinne des § 257 StGB keine Eignung verlangt - kommt indes nicht zu diesen Ungereimtheiten, da er der von der Rechtsprechung vorgenommenen Abgrenzung der Beihilfe zur Begünstigung nicht folgt. Er will bei entsprechendem Erfolg und entsprechender Kenntnis wegen Beihilfe bestrafen[190]. Da diese Voraussetzungen in dem Fall, daß zwei Personen dem Täter objektiv ungeeignete Hilfe leisten, nicht gegeben sind, könnten indes nach Schröder beide wegen Begünstigung bestraft werden.

5. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

Die Meinung, die die Strafsanktion des § 257 StGB auch auf objektiv ungeeignete Handlungen des "Begünstigers" ausdehnt, ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

1. Ein Vergleich der verschiedenen Begünstigungsvorschriften legt es keineswegs nahe, auf das Erfordernis der Eignung der Handlung zur Herbeiführung des erstrebten Erfolges (Strafvereitelung, Vorteilssicherung) zu verzichten.

2. Der Sinn des § 257 StGB gebietet keine derart abweichende Auslegung des Begriffes "Beistandleisten" von der Interpretation des entsprechenden Begriffes "Hilfeleisten" in § 49 StGB.

3. Es ergeben sich bei Zugrundelegung dieser Meinung Ungereimtheiten, wenn die Vorschrift des § 257 Abs. 3 StGB in die Betrachtung einbezogen wird und wenn man mit der Rechtsprechung die Hilfeleistung nach Vollendung, aber vor Beendigung der Tat danach beurteilt, mit welcher Absicht der Hilfeleistende gehandelt hat.

Auch die geschichtliche Entwicklung des Begünstigungstatbestandes spricht dagegen, objektiv ungeeignete Handlungen als "Beistandleisten" anzusehen.

6. Gegen das hier vertretene Ergebnis, daß untaugliche Beistandsleistungen aus dem Tatbestandsbereich des § 257 StGB auszuscheiden sind, kann die Regelung der Entwürfe u.a. 1913, 1919,

---

190) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 2

1927, 1930, 1960 und 1962[191] ins Feld geführt werden.

Sämtliche Entwürfe trennen die Strafvereitelung von der Vorteilssicherung (unter der Bezeichnung: Begünstigung). Für die Vollendung der Strafvereitelung wird teilweise oder gänzliche Vereitelung der Strafverfolgung verlangt, dafür aber zugleich der Versuch allgemein unter Strafe gestellt. Hinsichtlich der Vorteilssicherung weichen die Entwürfe trotz einzelner sprachlicher Änderungen in sachlicher Hinsicht vom geltenden Recht nicht ab[192]. Lediglich die Worte "Beistand leisten" sind durch den Begriff "Hilfe leisten" ersetzt.

De lege ferenda können zwei Einwände gegen die hier vertretene Auslegung de lege lata erhoben werden:

1. De lege ferenda ist bei der Strafvereitelung auch der untaugliche Versuch strafbar (vgl. E 1962: § 447 Abs. 4 i.V. mit § 26 Abs. 1). Dann ist auch für § 257 StGB das "Fazit aus dieser rechtspolitischen Entwicklung" zu ziehen[193].

2. Hinsichtlich der Strafvereitelung und der Vorteilssicherung ergebe sich de lege ferenda ein Unterschied im Umfang des Strafbaren, wenn man die hier vertretene Auslegung des geltenden Rechts auch dem künftigen Recht zugrundelegen würde. Das könne der Gesetzgeber nicht gewollt haben[194]. Der Unterschied sei nur dadurch vermeidbar, daß mit dem Begriff "Hilfe leisten" im Sinne der künftigen Vorteilssicherung auch objektiv ungeeignete Handlungen zu erfassen seien. Deshalb sei auch der Begriff "Beistandleisten" des geltenden Rechts bereits dahingehend auszulegen, daß auch untaugliche Handlungen den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen.

---

191) Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 zu einem Deutschen StGB - § 233 (Strafvereitelung) und § 371 (Begünstigung)
1919 - § 234 (Sachl. Begünstigung) und § 235 (Strafvereitelung)
Entwurf eines Allg. Deutschen StGB vom 14. Mai 1927 mit Begründung in Reichstag III 1924/27, Bd 415, Drucksache Nr. 3390 - § 200 (Begünstigung) und § 201 (Strafvereitelung)
Entwurf Kahl 1930 in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd 5, Bonn 1954 - § 200 (Begünstigung) und § 201 (Strafvereitelung)
Entwurf 1960 in Bundesrat-Drucksache 270/60 - § 289 (Begünstigung) und § 447 (Strafvereitelung)
Entwurf 1962 in Bundesrat-Drucksache 200/62 - § 289 (Begünstigung) und § 447 (Strafvereitelung)

192) Begründung zum E 1960, aaO, S. 426

193) So Schröder in NJW 1962, S. 1039 l.Sp.

194) So Göckel, Diss., S. 39

Zu 1.: Der Einwand ist aus drei Gründen nicht stichhaltig:
a) Die Begründung für die Ausgestaltung der Strafvereitelung zum Erfolgsdelikt lautet, dem Täter solle, solange der angestrebte Erfolg noch nicht erreicht sei, die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts eröffnet werden[195]. Die Fälle strafbarer Strafvereitelung sollen also nicht vermehrt, sondern im Gegenteil möglichst eingeschränkt werden. Die Strafvereitelungsvorschrift soll nicht aus dem Grunde neu gefaßt werden, damit auch der untaugliche Versuch strafbar sei; diese Konsequenz ergibt sich zwar, sie kann aber nicht als Folge einer rechtspolitischen Entwicklung angesehen werden.
b) Die Vorschrift des § 447 des E 1962 droht bei untauglicher Handlung nur die Versuchsstrafe an. Den Täter des § 257 StGB würde die Vollendungsstrafe treffen. Das ist ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Lösung des Problems de lege ferenda und de lege lata.
c) Dem Gesetzgeber steht es frei, bisher straflose Fälle durch Gesetzesänderung für die Zukunft zu pönalisieren. Die Vorschrift des § 447 E 1962 bringt eine Ausdehnung des Strafbarkeitsbereichs, umfaßt indes sowohl den Versuch mit untauglichem Mittel als auch den Versuch am untauglichen Objekt. Für das geltende Recht ist aber allenfalls in einem Teilbereich - nämlich für den Versuch mit untauglichem Mittel - das zukünftige Recht als Maßstab für die Auslegung verwendbar, hingegen für den Versuch am untauglichen Objekt nicht. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, das zukünftige Recht aufzuspalten und bereits in einem Teilbereich de lege lata zu berücksichtigen. Die Reform des Strafrechts ist als Ganzes zu sehen.

Zu 2.: Es ist zuzugeben, daß sich de lege ferenda ein Unterschied im Umfang des Strafbarkeitsbereichs bei der Vorteilssicherung (§ 289 E 1962) und der Strafvereitelung (§ 447 E 1962) ergibt. Bei der Vorteilssicherung ist der Täter nicht strafbar bei Vornahme einer untauglichen Handlung, wenn man als Hilfe-

---

195) Denkschrift zum E 1919 in Entwürfe zu einem Deutschen StGB, Berlin 1920, Bem. zu § 235; Begründung zum E 1960 in Bundesrat-Drucksache 270/60, S. 587 r.Sp.; Begründung zum E 1962 in Bundesrat-Drucksache 200/62, S. 630 r.Sp.

leistung im Sinne des § 289 E 1962 nur die objektiv geeignete Handlung versteht, zum anderen aber auch, wenn eine Vortat objektiv nicht vorliegt. Bei der Strafvereitelung indes ist sowohl der Versuch mit untauglichem Mittel als auch der Versuch am untauglichen Objekt strafbar (vgl. § 447 Abs. 4 i.V. mit § 26 Abs. 1 des E 1962). Diese für das geplante Recht unterschiedliche Behandlung gibt jedoch nichts für die Auslegung de lege lata her.

Im Hinblick darauf, daß das zukünftige Recht eine unterschiedliche Regelung aufweist, wenn man den Begriff "Hilfe leisten" im Sinne des § 289 E 1962 als objektiv geeignete Handlung versteht[196], wäre einer Auslegung des Begriffes "Beistand leisten" des § 257 StGB im Sinne der Gegenmeinung allenfalls dann zuzustimmen, wenn sich die de lege ferenda ergebende Differenzierung nicht rechtfertigen ließe. Eine gesetzliche Angleichung der Vorteilssicherung an die Strafvereitelung ist indes schon deswegen nicht erwünscht, weil sonst eine Diskrepanz zur Beihilfe geschaffen würde. Es leuchtet nicht ein, weshalb derjenige, der nach der Tat die Vorteile sichern hilft, wegen Versuchs haften soll, nicht aber derjenige, der die Vorteile verschaffen helfen will.

7. Als Ergebnis ist festzuhalten:

Die Vornahme untauglicher, nur nach der Vorstellung des Täters geeigneter Handlungen erfüllt nicht den Tatbestand des § 257 StGB. An die objektive Qualität der Beistandsleistung wird die Anforderung genereller Eignung zu Recht gestellt. Die Begünstigung ist auch in bezug auf die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung kein Unternehmensdelikt.

Für die weitere Prüfung ergibt sich somit:

Wenn die generelle Eignung der Handlung als ein von der Tätigkeit klar abgrenzbarer Erfolg angesehen werden kann, so wäre

---

196) Da die Fassung der Vorteilssicherung de lege ferenda dieselben Streitfragen bezüglich des Begriffes "Hilfe leisten" (= Beistand leisten de lege lata) mit sich bringen wird, wäre es in redaktioneller Hinsicht richtiger, die Hilfeleistung als objektiv geeignete Handlung näher zu umschreiben. Denn die Streitfragen bedürfen einer eindeutigen Klärung durch den Gesetzgeber.

die Begünstigung auch kein schlichtes Tätigkeitsdelikt. Das die verschiedenen Handlungsmodalitäten einigende und den kriminellen Gehalt der Begünstigung hinreichend bestimmende Element wäre ein Erfolg der Handlung.

D r i t t e r T e i l.

Gegen eine dogmatische Einordnung der Begünstigung in die Gruppe der schlichten Tätigkeitsdelikte[197] spricht folgende Überlegung:

Eine strafbare Begünstigung kann auch durch Unterlassung begangen werden, sofern nur eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht[198]. So liegt z.B. strafbares Beistandleisten vor, wenn ein Bahnpolizeibeamter es pflichtwidrig unterläßt, einen Diebstahl zu melden, obgleich er den Dieb im Besitz des gestohlenen Gutes angetroffen und ihm die Beute hätte abnehmen können[199].

Mit dem Wesen des schlichten Tätigkeitsdelikts ist es aber nicht vereinbar, daß dieses durch Unterlassung begangen werden kann - abgesehen von den sog. echten Unterlassungsdelikten, in denen das Gesetz selbst die Nichtvornahme bestimmter Handlungen unter Strafe stellt[200]. Denn die Gleichstellung des Unterlassens mit dem positiven Tun setzt voraus, daß der Täter auf Grund seiner besonderen Stellung rechtlich verpflichtet ist, tatbestandliche Erfolge zu verhindern, er muß "Garant" für den Nichteintritt eines Erfolges sein[201]. Bei den Tätigkeitsdelikten stellt das Gesetz eine bestimmte positive Tätigkeit unter Strafe, wie soll der Tatbestand dann durch das Gegenteil, die

---

197) So aber Maurach, BT, § 80 II A 1, S. 729: "Konstruktiv ist die Tat ein schlichtes Tätigkeitsdelikt mit überschießender Innentendenz". Mezger-Blei, AT, S. 107; Schmitt in JZ 1959, S. 432 r.Sp.

198) Hälschner, Lehrb., Bd II, S. 877; v.Hippel, Lehrb., S. 329; Mezger-Blei, BT, S. 289; Niethammer, Lehrb., S. 288; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 24 ff

199) RG St 53, 108 f

200) Jescheck, AT, S. 402 und S. 179 sieht dementsprechend in den echten Unterlassungsdelikten das Gegenstück zu den reinen Tätigkeitsdelikten und in den unechten Unterlassungsdelikten das Gegenstück zu den Erfolgsdelikten. Die Meinung ist nicht unbestritten, vgl. Schönke-Schröder, RNr. 79 vor § 1.

Fortsetzung auf S. 76

Nichtvornahme dieser verbotenen Tätigkeit, verwirklicht werden können?[202]

Hat der Täter seinen Begünstigungswillen in einer zur Erfolgsherbeiführung generell geeigneten Willensbetätigung der Außenwelt kundgetan, so liegt in der Vornahme dieser Handlung eine objektive Gefährdung der Rechtspflege.

Auch schon die bloße Gefährdung eines Rechtsgutes stellt einen Erfolg dar[203]. Zur vollendeten Begünstigung gehört somit ein Erfolg[204]. Die Handlung muß zu einer von der Tätigkeit als solcher klar trennbaren Wirkung in der Außenwelt geführt haben. In Abgrenzung zu dem erstrebten Enderfolg - der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung - ist dieser Erfolg als "Zwischenerfolg"[205] gekennzeichnet worden. Demnach genügt allein die Betätigung der Absicht nicht.

Die Begünstigung ist ein Delikt, bei dem die "vorgenommene Handlung nichts Unbestimmtes, Atypisches, sondern einen festumrissenen Tatbestandstypus" darstellt[206]. An den Eintritt des Zwischenerfolges ist bereits die Vollendungsstrafe geknüpft. Die Handlung, die den rechtswidrigen Enderfolg herbeiführen soll, bildet den Tatbestand des vollendeten Vergehens - einerlei, ob der Enderfolg eingetreten ist oder ausbleibt[207]. Der Enderfolg ist "ins Subjektive, in eine Täterabsicht verflüchtigt"[208].

III. Mit der Erkenntnis, daß objektiv ungeeignete Handlungen aus dem Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB auszuscheiden sind und die Handlung des Begünstigers zu einer objektiven Gefähr-

---

200) Fortsetzung von S. 75:
Schröder räumt ein, daß zwar die meisten echten Unterlassungsdelikte schlichte Unterlassungsdelikte sind, es kämen jedoch auch Erfolgsdelikte vor.
201) Jescheck, AT, S. 402; Schönke-Schröder, RNr. 100 vor § 1
202) Ergebnis ebenso: Ebeling, Diss., S. 28
203) Baumann, AT, S. 493; Frank, § 1 Anm II, S. 10; Jescheck, AT, S. 179; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 43 Anm 9, S. 224; M.E. Mayer, AT, S. 127; Mezger-Blei, Bd I, § 35 IV 2, S. 108 unterscheiden innerhalb der Erfolgsdelikte zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten.
204) So schon v.Buri, Lehre von der Teilnahme, 1860, S. 88; v.Liszt in ZStW 1917 (Bd 38), S. 302; RMG Bd 11, S. 56 (60) - arg. ex: "... noch einen weiteren Erfolg".
205) Siehe S. 26, ferner Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, S. 37/38 i.V. mit S. 40; Sieverts, Beiträge, S. 143
206) Wolf, Typen, S. 22; ähnlich Sieverts, aaO, S. 143
207) Binding, Lehrb., BT, Bd I, S. 11
208) Baumann, AT, § 9 Nr. 3, S. 92/93

dung der Rechtspflege geführt haben muß, ist freilich das Merkmal "Beistandleisten" noch nicht hinreichend genau umrissen. Aus den bisherigen Untersuchungen ergibt sich die Definition der Beistandsleistung wie folgt:

Eine Beistandsleistung ist jede Handlung, die objektiv geeignet ist, die erstrebte Strafvereitelung oder Vorteilssicherung zu bewirken.

1. Die generelle Eignung der Handlung muß indes positiv genauer umschrieben werden.

Zweifelhaft ist, wie intensiv die Gefährdung der Rechtspflege sein muß, um bei erfolglosen Beistandsleistungen zwischen strafwürdigen und nicht strafwürdigen Handlungen des Täters unterscheiden zu können. 1. Muß die Lage des Vortäters durch die Handlung des Begünstigers zu irgendeinem Zeitpunkt verbessert worden sein oder genügt allein die Feststellung, der Täter habe eine an sich geeignete Handlung vorgenommen? 2. Genügen bloße m i t t e l b a r e Förderungshandlungen, so wenn z.B. der Beistand dadurch geleistet wird, daß ein Dritter zur Begünstigung bestimmt wird? Oder muß das Beistandleisten zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege geeignet sein?

Diese Fragen sind in Rechtsprechung und Schrifttum sehr umstritten.

a) Während die Rechtsprechung sich in der überwiegenden Zahl der Entscheidungen mit der Feststellung begnügt, daß die Handlung des Begünstigers an sich geeignet war zur Erfolgsbewirkung[209], hat sie in einigen Entscheidungen für die vollendete Strafvereitelung verlangt, daß sich die Lage des Vortäters gegenüber der Strafverfolgung äußerlich verbessert haben müsse[210]. Auch zur Vorteilssicherung finden sich Entscheidungen, die auf das Erfordernis einer Besserstellung des Vortäters deuten. Eine Beistandsleistung zum Zwecke der Vorteilssicherung müsse, so wird erklärt, die Sicherheit des Vortäters gegen die Wiederentziehung seiner Beute tatsächlich bereits erhöht ha-

209) Vgl. die zahlreichen Nachweise oben, S. 43 FN 106)
210) RG St 63, 240 (241); RG in DR 1939, S. 1067 l.Sp. Nr. 7; BGH St 2, 375 (376) = NJW 1952, S. 894

ben[211].

Hier scheint die Rechtsprechung die Feststellung allein, daß die Handlung des Begünstigers an sich geeignet war, nicht genügen zu lassen, somit von ihrer sonst vertretenen Auffassung abzuweichen.

Indes ist zweifelhaft, ob sich die zitierten Entscheidungen einer Abweichung von der übrigen Judikatur bewußt gewesen sind[212] und ob eine Abweichung in sachlicher Hinsicht überhaupt gewollt gewesen ist.

Der 4. Strafsenat des RG[213] hat in einem Fall unter Aufhebung der Verurteilung wegen Begünstigung die Sache an die Vorinstanz mit der Begründung zurückverwiesen, es müsse festgestellt werden, ob die Sicherheit des Vortäters gegen die Wiederentziehung der Beute tatsächlich bereits erhöht war, während derselbe Senat in einer späteren Entscheidung[214] - ohne überhaupt zu erwähnen, daß er in dem früheren Urteil den Begriff der Beistandsleistung ausnahmsweise anders definiert hat - zu der ständig wiederkehrenden Umschreibung zurückgekehrt ist: das Tatbestandsmerkmal der Beistandsleistung erfordere nichts weiter, "als daß die Handlung des Begünstigers an sich geeignet ist, den von ihm erstrebten Erfolg herbeizuführen"[215].

Die abweichende Formulierung hat das Reichsgericht im 55. Band, S. 178 ff anscheinend nur gewählt, um in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall den Anfang der Ausführung der eigentlichen Beistandsleistung aus dem Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB auszuscheiden, somit zu vermeiden, daß der bloße Versuch einer Beistandsleistung bereits als vollendete Begünstigung anzusehen sei.

Beide Forderungen - tatsächliche Verbesserung der Lage des Vortäters und Eignung der Handlung - vereinigt in einer Formulierung finden sich in den Urteilen des RG vom 1. Juli 1929[216]

---

211) RG St 55, 178 (179); RG in JW 1923, S. 403 (404) Nr. 54
212) Ebeling, Diss., S. 62 und Schröder in NJW 1962, S. 1039 l.Sp. verneinen das.
213) RG St 55, 178 f - vom 7. 12. 1920; der Fall ist wiedergegeben auf S. 2 Fall 4
214) RG St 58, 13 ff - vom 20. 11. 1923
215) RG St 58, 13 (15)
216) RG St 63, 240 (241)

und des BGH vom 20. Mai 1952[217]:

RG: "Die Vollendung der Begünstigungshandlung ... erfordert zwar nicht, daß die Strafvereitelung erreicht wird, aber die Lage des Vortäters muß durch eine hierzu bestimmte und geeignete Handlung verbessert werden".

BGH: "Zur vollendeten Begünstigung gehört aber, daß sich die Lage des Vortäters gegenüber der Strafverfolgung durch hierzu bestimmte und geeignete Handlungen des Begünstigenden äußerlich verbessert und daß das Verhalten des Täters geeignet ist, einen solchen Erfolg herbeizuführen".

Das Eignungserfordernis wird hier allerdings auf die Lageverbesserung des Vortäters bezogen.

Das Reichsgericht wollte in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall vermeiden, daß eine bloße Vorbereitungshandlung zu einer geplanten Begünstigung mit der sonst ständig gebrauchten Eignungsformel als vollendete Begünstigung zu qualifizieren sei:

Nachdem in einer Strafanstalt Redereien über vorgekommene Unregelmäßigkeiten entstanden waren - vier in der Anstalt tätige Beamte hatten aus der Altverwertungsstelle Gegenstände unrechtmäßig erworben -, ließ sich der Angeklagte vom Werkmeister vier auf den Namen dieser Beamten lautende Quittungen ausstellen. In diesen Quittungen war bescheinigt, daß die vier Beamten (angeblich) rechtmäßig Waren von der Altverwertungsstelle gekauft hätten. Die Quittungen sollten von den Beamten als Entlastungsbeweis verwertet werden, damit ein Verfahren gegen sie verhindert würde. Die Bescheinigungen hatte der Angeklagte indes in seinem Besitz behalten und auch zur Zeit der Voruntersuchungen noch nicht verwertet.

Das RG hob die Verurteilung des Angeklagten wegen Begünstigung auf mit der Begründung[218]:

Es sei nicht festgestellt, daß die Bemühungen des Angeklagten zu einem Erfolge geführt hätten, durch die die anderen Beamten gegenüber der Strafverfolgung irgendwie besser gestellt worden seien. Da das RG sich aber u. a. auf die oben zitierte Entscheidung des 4. Strafsenates in RG St 58, 13 (15) beruft - jene sich aber mit der Eignungsformel begnügt -, scheint es sich des Gegensatzes zu jener Entscheidung nicht bewußt geworden zu sein.

In dem vom BGH[219] entschiedenen Fall hatte der Angeklagte - ein Rechtsanwalt - dem Vortäter den Rat gegeben, von einer Selbstanzeige abzusehen. Hier hätte es der Formulierung, daß

---

217) BGH St 2, 375 (376)
218) RG St 63, 240 (241)
219) BGH St 2, 375 f

sich die Lage des Vortäters verbessert haben müsse, nicht bedurft. Die Entscheidung beruht nicht auf dieser Auffassung[220], da das Abraten von einer Selbstanzeige deshalb keine Begünstigung ist, weil der Täter zur Selbstanzeige nicht verpflichtet ist, die Willensbeeinflussung durch einen solchen Rat also gar nicht geeignet war, den Täter zu begünstigen.

In zwei weiteren Entscheidungen[221], in denen die Handlung des Begünstigers die Lage des Vortäters tatsächlich günstiger gestaltete, wird klargestellt, daß jedenfalls ein strafloser Versuch der Begünstigung nicht mehr vorliege, wenn eine effektive Besserstellung des Vortäters erreicht sei. Daraus kann nicht gefolgert werden, diese Entscheidungen hielten eine Verbesserung der Lage des Vortäters für notwendig[222].

b) Vergleicht man die Entscheidungen, die sich mit der Feststellung der Eignung der Handlung begnügen, mit den Entscheidungen, die eine tatsächliche Besserstellung des Vortäters verlangen, so fällt auf, daß die eigentliche Differenz nicht in der Gegenüberstellung verschiedener Definitionen des Merkmals "Beistandleisten" liegt. Vielmehr wollte die Rechtsprechung in den letzteren Entscheidungen nur das Erfordernis der Eignung konkretisieren, inhaltlich ausfüllen, um nicht strafwürdige Handlungen ausscheiden zu können[223]. Nur so ist verständlich, daß dieser Rechtsprechung ihre "Abweichung" von der übrigen Judikatur nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Die Entscheidungen haben eben keinen Gegensatz herausstellen wollen. Sie haben vielmehr die zu fordernde Intensitätsstufe für eine Gefährdung der Rechtspflege näher umschrieben.

c) Diesem Weg der Rechtsprechung ist ein Teil der Vertreter

---

220) So ausdrücklich BGH - 5 StR 524/64 - vom 18. 12. 1964, Original, S. 6 - zitiert bei Pfeiffer-Maul-Schulte, § 257 Anm 4, S. 734

221) RG St 76, 31 (34); BGH - 5 StR 233/65 - vom 22. Juni 1965, zitiert bei Pfeiffer-Maul-Schulte, § 257 Anm 4, S. 734

222) So aber für RG St 76, 31: Bockelmann in NJW 1951, S. 623 1.Sp. Anm 22 und Göckel, Diss., S. 23 Anm 2; wie hier: Schröder in NJW 1962, S. 1039 Anm 6

223) Bockelmann in Strafr. Untersuchungen, S. 201 formuliert: "... wenn die Rechtsprechung des RG wiederholt als geeignete Beistandsleistung diejenige bezeichnet, die, ohne die Strafvereitelung tatsächlich durchzusetzen, die Lage des Vortäters doch wenigstens wirklich verbessert".

in der Literatur gefolgt, während andere, die eine objektive Förderung des Vortäters verlangen, damit eine wirkliche Gegenmeinung aufstellen.

aa) Mit der Forderung, die Lage des Vortäters müsse irgendwie erleichtert oder verbessert worden sein, wollen v. Olshausen[224] und Jagusch[225] das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Eignung lediglich konkretisieren.

So fordert v. Olshausen einerseits, daß die Beistandsleistung objektiv dazu geeignet sein müsse, die Sicherheit des Vortäters gegen die Wiederentziehung der Vorteile zu erhöhen[226]; zum anderen könne die Annäherung an das Versteck der gestohlenen Sachen in der Absicht, sie in Sicherheit zu schaffen, entweder bloße Vorbereitung oder bereits eine Beistandsleistung sein, wenn hierdurch dem Vortäter schon erhöhter Schutz gegen den Wiederverlust gewährt sei[227].

"Beistandleisten" bedeute, so führt Jagusch aus[228], jede Hintertreibung der Bestrafung durch Rat oder Tat zur Vereitelung oder Erschwerung der Bestrafung, falls die Lage des Strafpflichtigen dadurch irgendwie erleichtert oder verbessert werde. Der Wille zur Strafvereitelung müsse daher in einer Handlung Ausdruck finden, die objektiv geeignet sei, ein dem Begünstigten vorteilhaftes Ergebnis herbeizuführen. In bezug auf die Vorteilssicherung verlangt Jagusch, daß die Handlung zur Abwendung oder Erschwerung der Entziehung der Vorteile einen Beitrag liefern müsse, der die Lage des Begünstigten irgendwie verbessere. Die Handlung müsse zu solcher Sicherung bestimmt und geeignet sein[229].

bb) Bewußt als Gegenmeinung zur Judikatur halten andere für die Vollendung der Begünstigung eine tatsächliche Besserstellung oder günstigere Gestaltung der Lage des Vortäters für erforderlich[230].

---

224) Bd II, § 257 Anm 29, S. 1302
225) LK, Bd II, § 257 Anm 2 b, S. 409 und Anm 2 e, S. 414 und Anm 3 b, S. 415; ebenso schon Nagler in LK, 6./7. Aufl., § 257 Anm II 3, S. 394 und Anm III 4, S. 402
226) v. Olshausen, aaO
227) v. Olshausen, aaO
228) aaO, § 257 Anm 2 b, S. 409
229) Jagusch, aaO, Anm 3 b, S. 415
230) Allfeld-Meyer, Lehrb., S. 574; Ebeling, Diss., S. 60; Elvers in ZStW 1910 (Bd 31), S. 895/96; Frank, § 257 Anm V, S. 567; Gerland, Lehrb., S. 380 und S. 382; Köhler in GS 1902 (Bd 61), S. 55/56 und in JW 1923, S. 404 1.Sp. (Anm zu RG in JW 1923, Nr. 54, S. 403); v. Liszt in ZStW 1917 (Bd 38), S. 301 ff; Fortsetzung auf S. 82

Frank[231] erklärt, es liege im Begriff der Beistandsleistung, daß dem Vortäter eine wirkliche Förderung zuteil werde. Wie zum Betrug des § 263 StGB die Vermögensschädigung als erster und nächster Erfolg gehöre, so setze die Begünstigung die tatsächliche Gewährung von Beistand voraus. Nicht jeder Versuch zu helfen sei Hilfe[232].

Auch v.Liszt[233] verlangt, daß das Beistandleisten als eingetretener Erfolg vorliegen müsse, damit von vollendeter Begünstigung gesprochen werden könne. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens unterschiede ganz genau zwischen der geleisteten Hilfe und dem guten Willen, der zu einer tatsächlichen Förderung nicht die erforderliche Kraft habe[234]. Hilfe-, Vorschub- und Beistandsleistung (§§ 49, 180, 257 StGB) würden in gleicher Weise die wirkliche Förderung des Erfolges voraussetzen[235]. Durch die Handlung des Begünstigers müßten "günstigere Bedingungen für den Erfolg geschaffen worden sein als vor seiner Handlung bestanden haben"[236]. V. Liszt vergleicht also die Aussichten des Vortäters auf Strafvereitelung oder Vorteilssicherung vor Vornahme der Begünstigungshandlung mit seinen Aussichten nach der Beistandsleistung. Wenn dieser Vergleich ergibt, daß die Wahrscheinlichkeit oder die Möglichkeit der Strafvereitelung oder Vorteilssicherung objektiv erhöht wurde, also das Ziel ein Stück näher gerückt ist, dann liegt nach v. Liszt vollendete Begünstigung vor. Hinsichtlich der Strafvereitelung bildet v. Liszt folgendes Beispiel[237]:

> A ist es gelungen, Wagen und Pferde aufzutreiben, um den B, der von der Polizei verfolgt wird, über die Grenze zu bringen. Ehe aber der dazu in Aussicht genommene Tag herankommt, erfährt A, daß B das rettende Ausland zu Fuß erreicht hat.

V. Liszt verneint hier eine vollendete Begünstigung.

Gegen v. Liszt könnte der Einwand erhoben werden, schon durch

---

230) Fortsetzung von S. 81:
v.Liszt-Schmidt, Lehrb., § 183 III 1 b, S. 845 und § 51 FN 8 auf S. 327; Rethwisch, S. 58; schon v.Buri - als Vertreter der Teilnahmetheorie - in "Lehre von der Teilnahme", S. 88 und in GS 1878 (Bd 29), S. 38

231) § 257 Anm V, S. 567 und in ZStW 1892 (Bd 12), S. 319

232) Frank in ZStW 1892 (Bd 12), S. 319

233) ZStW 1917 (Bd 38), S. 302

234) v. Liszt in ZStW 1917 (Bd 38), S. 305

235) v. Liszt, aaO, S. 309; v.Liszt-Schmidt,Lehrb.,§ 51 FN 8,S.327

236) v. Liszt, aaO, S. 309/310

237) v. Liszt, aaO, S. 311

die Bereitstellung der Mittel zur Flucht sei die Lage des B bereits günstiger gestaltet worden. V. Liszt weist den Einwand mit der Erwägung zurück, B habe noch keine Verfügungsmöglichkeit über Wagen und Pferd erlangt, eine Verbindung mit dem zu Begünstigenden sei noch nicht hergestellt. Eine vollendete Begünstigung würde z.B. vorliegen, wenn A Wagen und Pferde dem B bereits übergeben hätte, dieser aber, ehe er sie zur Flucht benutzen könnte, festgenommen worden sei[238].

Dem Ergebnis, daß in der bloßen Bereitstellung des Fluchtgefährtes noch keine Begünstigung liegt, ist zuzustimmen. Zur eigentlichen Beistandsleistung - der Fluchthilfe -, die die Strafvereitelung bewirken sollte, war es noch nicht gekommen. Es liegt hier eine bloße Vorbereitungshandlung vor. Ebenso wie eine Frau, die ihre Leibesfrucht abtöten will, § 218 Abs. 1 StGB, sich erst das Mittel zur Abtreibung verschafft - bloße Vorbereitungshandlung[239]-, so hat sich A erst das Mittel zur Beistandsleistung verschafft.

Von ähnlichen Gesichtspunkten hat sich Binding[240] leiten lassen. Er scheidet alle die Handlungen aus dem Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB aus, die sich nur als Beginn der Setzung erschwerender Bedingungen darstellen, die Bedingung zur Erschwerung oder Vereitelung der Strafverfolgung müsse zum Abschluß gekommen sein. Wer dem in Strafhaft Befindlichen Geld zur Flucht oder eine Feile zum Ausbruch zusenden wolle, ihn aber mit der Sendung nicht erreiche, der würde sich eines straflosen Begünstigungsversuches schuldig machen[241].

Aus dem Begriff der Beistandsleistung ergibt sich auch für Elvers[242] und Allfeld-Meyer[243], daß nicht nur irgendetwas im Hinblick auf ein gewisses Ziel getan werden, sondern daß die Handlung dem Ziel wirklich näher führen müsse.

Sehr deutlich kommt bei Köhler[244] zum Ausdruck, daß die bloße Eignung der Begünstigungshandlung nicht ausreicht. Er

---

238) v. Liszt, aaO, S. 311
239) So RG St 76, 374 (378)
240) Lehrb., Bd 2, Abteil. 2, S. 656
241) Ebenso Köhler in GS 1902 (Bd 61), S. 55
242) ZStW 1910 (Bd 31), S. 896
243) Lehrb., S. 574
244) GS 1902 (Bd 61), S. 55/56

qualifiziert eine Handlung dann als Beistandsleistung, "wenn sie sich wirklich eingegliedert hat in die Ereignisse, welche zur Förderung des Verbrechers dienen". Die Beistandsleistung müsse eine Wirkung gehabt haben, welche objektiv, d.h. in den Augen Sachkundiger, eine Förderung der Interessen des Täters verursache. Das Erfordernis der Eignung der Handlung sei nicht das richtige Merkmal zur Abgrenzung von straflosen Handlungen, die auf Begünstigung abzielten[245]. Köhler setzt die Beistandsleistung nach der Tat in Beziehung zur Hilfeleistung vor der Tat: "Da wo straflose versuchte Beihilfe vorläge, wenn die Förderung der Tat selbst beabsichtigt gewesen wäre, liegt auch straflose versuchte Beistandsleistung nach der Tat vor, wenn die Förderung des Täters nach dieser Tat beabsichtigt war"[246].

Mit derselben Begründung, nämlich durch einen Vergleich der Beihilfe mit der Begünstigung, kommt Ebeling[247] zu dem Ergebnis, daß die Stellung des Vortäters zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich verbessert worden sein müsse, und zwar dadurch, daß die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des beabsichtigten Erfolges objektiv erhöht worden sei. Zur Unterstützung seines Ergebnisses weist Ebeling vergleichsweise noch auf den Tatbestand der Kuppelei, § 180 StGB, hin, der mit dem Tatbestand der Beihilfe und der Begünstigung große Ähnlichkeit habe[248]. Die Parallelität der drei Vorschriften wird von ihm aus den sprachverwandten Begriffen "Vorschub leisten" in § 180 StGB, "Hilfe leisten" in § 49 StGB und "Beistand leisten" in § 257 StGB gefolgert. Nach allgemeiner Meinung ist denn auch die Kuppelei eine "Beihilfe zu fremder Unzucht", die aber vom Strafgesetzbuch als delictum sui generis behandelt wird[249]. Es ist zuzugeben, daß die drei eben genannten Begriffe nach allgemeinem Sprachgebrauch identisch sind. Auch ist zur Vollendung der Beihilfe zu verlangen, daß der Gehilfe die Haupttat irgendwie

---

245) Köhler, aaO, S. 56 FN 1
246) Köhler in JW 1923, S. 404 l.Sp. - Anm zu RG-Urteil in JW 1923, Nr. 54
247) Diss., S. 59/60
248) Ebeling, Diss., S. 72/73
249) BGH (GS) St 6, 46 (48); Frank, § 181 Anm I, S. 401; Maurach, BT, § 50 VI A 1, S. 459; Schönke-Schröder, § 180 RNr. 2 und 7

gefördert hat[250]. Um eine Handlung als vollendete Kuppelei qualifizieren zu können, muß der Kuppler für die Verübung der Unzucht zumindestens günstigere Bedingungen geschaffen haben[251].

Dennoch kann diese scheinbare Parallelität der Tatbestände nicht uneingeschränkt zur Begründung der Forderung herangezogen werden, daß auch der Begünstiger die Lage des Vortäters irgendwie tatsächlich gefördert haben müsse. Entsprechende Begriffe in verschiedenen Gesetzesvorschriften sind relativ auszulegen. Wie bereits oben[252] dargelegt wurde, ist der vom Gesetzgeber gewählte Begriff der "Beistandsleistung" irreführend, denn er soll gerade nicht das ausdrücken, was gewöhnlich mit diesem Begriff gemeint ist. Dann aber ist auch Vorsicht geboten bei der Heranziehung von ähnlichen Begriffen.

d) Wenn man eine tatsächliche Besserstellung des Vortäters - entweder im Hinblick auf die Erschwerung oder Verhinderung der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches oder im Hinblick auf seine Sicherheit gegen die Entziehung des Erlangten - verlangt, taucht die Frage auf, ob diese Forderung mit der unbestrittenen Erkenntnis in Einklang gebracht werden kann, daß der Eintritt der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung nicht erforderlich ist.

Die Bemühungen des Begünstigers dürften einerseits nicht ganz vergeblich gewesen sein, zum anderen brauchten sie aber einen Strafvereitelungs- oder Vorteilssicherungseffekt nicht bewirkt zu haben. Die Begriffe einer zwar nicht gelungenen, aber auch nicht vergeblichen Beistandsleistung müßten theoretisch unterscheidbar sein[253] und für die Praxis ein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung einer straflosen zur strafbaren Begünstigung liefern. Dabei ist zu bedenken, daß auch eine <u>teilweise</u> verwirklichte Strafvereitelung oder Vorteilssicherung schon einen Eintritt des beabsichtigten Enderfolges bedeutet. Da aber allgemein dieser Erfolgseintritt für die vollendete

---

250) Fundstellennachweis auf S. 64 FN 174
251) RG St 44, 176 (177/178); BGH St 1, 115 (116); Maurach, BT, S. 459; zum Teil wird verlangt, daß es auf Grund der Förderung zu unzüchtigen Handlungen gekommen sei: Schönke-Schröder, § 180 RNr. 7
252) auf S. 4 ff
253) Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 201

Begünstigung nicht verlangt wird, kann auch eine teilweise erfolgte Beeinträchtigung der geschützten Werte für eine Bestrafung aus § 257 StGB nicht gefordert werden. Beispielsweise hat der Begünstiger der erstrebten Effekt schon erreicht, wenn die Bestrafung des Vortäters wenigstens auf gewisse Zeit hinausgeschoben, nur vorübergehend aufgehalten wird[254] oder wenn die Beute des Vortäters für eine gewisse Zeit dem Zugriff der Obrigkeit oder des Verletzten vorenthalten oder der Zugriff erschwert wird[255], weil auch hierin ein rechtswidriger Eingriff in die staatliche Rechtspflege oder ihre Hemmung liegt. Auch genügt eine mildere Bestrafung[256]. So hat der Zeuge, der zugunsten des Vortäters falsch schwört, den Strafvereitelungserfolg schon dann erreicht, wenn der Eid zwar keinen Freispruch, aber eine mildere Strafe bewirkt hat.

Bockelmann[257] verneint die Möglichkeit, daß es zwischen der geglückten und nichtgeglückten Strafentziehung noch einen dritten Bereich gebe. Wäre ihm zuzustimmen, so würde die Forderung nach effektiver Besserstellung des Vortäters bedeuten, daß nur - wenigstens teilweise - erfolgreiche Beistandsleistungen den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen. Wäre die geforderte Besserstellung des Täters wirklich in diesem Sinne zu verstehen, so könnte dieser Meinung nicht gefolgt werden. Denn der Gesetzeswortlaut steht einer solchen Auslegung eindeutig entgegen.

Die Vertreter der "Besserstellungstheorie" haben jedoch ausdrücklich hervorgehoben, daß der E r f o l g der Strafentziehung oder Vorteilssicherung nicht einzutreten braucht. Auch die Entscheidungen der Rechtsprechung sehen einen Unterschied zwischen geglückter Begünstigung und solcher, die die Lage des Vortäters nur verbessern konnte. Das Reichsgericht hat in folgendem Fall eine Lageverbesserung bejaht, aber gleichzeitig festgestellt, daß die erstrebte Vorteilssicherung fehlgeschla-

---

254) RG St 16, 204 (205/206); 73, 331 (332); RG in HRR 1930, Nr. 1559; Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 201; Ghan, S. 32; Maurach, BT, § 80 II A 3, S. 730; Schönke-Schröder, § 257 a RNr. 4; Dreher, § 257 Anm 3 B c, S. 967

255) RG St 26, 119 (120); RG in HRR 1934, Nr. 1422; Maurach, BT, § 80 II B 3, S. 734; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 36

256) RG in HRR 1930, Nr. 1559; Bockelmann, aaO, S. 201; Ghan, S. 32/33; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 34

257) aaO, S. 201; ebenso Göckel, Diss., S. 30

gen ist[258]:

> Die Angeklagte wollte die an unsicherer Stelle vom Vortäter (der zu der Zeit verhaftet war) auf seinem Gut versteckte Beute ausgraben, weil sie die Entdeckung und Entziehung seitens der Obrigkeit fürchtete. Sie hatte die Ausgrabung der Kassette eingeleitet durch wiederholte Fahrten zum Gute des Vortäters und durch die Unterrichtung einer Freundin. Infolge des Dazwischentretens der Gendarmerie kam es nicht dazu, daß die Angeklagte die vergrabene Kassette an sich nehmen und für den Vortäter sichern konnte.

Hier ist der Zugriff auf die Beute für die Obrigkeit zu keinem Zeitpunkt auch nur erschwert worden durch die Beistandsleistung, die Handlung war also erfolglos. Eine Lageverbesserung für den Vortäter kann insoweit bejaht werden, als die Angeklagte die Ausgrabung der Kassette eingeleitet und dadurch die Aussicht auf Sicherstellung der Beute erhöht worden ist. Oder wenn man mit v.Liszt formuliert[259], sind durch die Handlung der Angeklagten "günstigere Bedingungen für den Erfolg" (hier die Vorteilssicherung) geschaffen worden, als vor ihrer Handlung bestanden haben.

Mit der Forderung, die "Lage des Vortäters müsse irgendwie erleichtert oder verbessert" worden sein, wird also in keinem Fall eine erfolgreiche Begünstigung verlangt. Diese Formulierung ist vielmehr eine knappe Bezeichnung dafür, daß die Wahrscheinlichkeit für das Gelingen der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung zu irgendeinem Zeitpunkt objektiv erhöht[260] oder die Bedingungen für den Erfolgseintritt günstiger gestaltet worden sein müssen.

Zwischen der geglückten und nichtgeglückten Strafentziehung oder Vorteilssicherung gibt es also einen dritten Bereich, wie am Beispiel des RG-Falles klar geworden ist. Auch folgendes Beispiel zeigt, daß Bockelmann, der einen dritten Bereich verneint, nicht zuzustimmen ist: Mit der Aushändigung eines gefälschten Passes an den Vortäter hat sich dessen Lage tatsächlich günstiger gestaltet. Die Strafvereitelung ist aber noch nicht, auch nicht zum Teil erfolgt, solange der Vortäter noch nicht geflohen ist.

Bockelmann ist jedoch einzuräumen, daß die "Besserstellung

---

258) RG St 76, 31 (34)
259) Vgl. oben, S. 82
260) So Ebeling, Diss., S. 60; Göckel, Diss., S. 30

des Vortäters" für die Praxis kein brauchbares Abgrenzungskriterium ist zwischen versuchter und vollendeter Begünstigung[261]. Er stellt zutreffend heraus, daß die Urteile des Reichsgerichts die Feststellung, ob der Vortäter eine wirkliche Verbesserung seiner Lage erfahren hat, entweder dem Tatrichter überlassen[262] oder - soweit das RG selbst entscheidet - nur vom Ergebnis her begründen.

Wie soll auch im konkreten Einzelfall festgestellt werden, ob die Lage des Vortäters durch die Beistandsleistung eine objektive Erleichterung oder Verbesserung erfahren hat?

Die Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Frage nach der Besserstellung des Vortäters seien an Hand zweier Beispiele aufgezeigt:

Fall 1: A will dem entflohenen Strafgefangenen B, der sich in einem sicheren Versteck verborgen hält, Geld zur Flucht ins Ausland überbringen. A muß sich das Geld erst ausleihen. A's Bemühungen, sich Geld zu besorgen, sind der Polizei, die die A als langjährige Freundin des B kennt, aufgefallen. Als A dem B das Geld bringt, wird sie heimlich verfolgt. Nachdem sie das Versteck verlassen hat, wird B festgenommen.

War hier die Lage des B irgendwie verbessert worden? Die Fluchthilfe der A hat die Festnahme des B beschleunigt, also gerade den entgegengesetzten Erfolg gehabt. Und doch könnte darin, daß B die Verfügungsmöglichkeit über das Geld erlangt hat, eine Verbesserung seiner Position liegen.

Fall 2: X sagt zugunsten des Angeklagten falsch aus. Das Gericht schenkt dieser Aussage keinen Augenblick Glauben.

Hat die Falschaussage die Lage des Angeklagten günstiger gestaltet? Das ist sehr zweifelhaft, da die Aussage ohne Wirkung auf den Richter geblieben ist. Indes ist die Wahrheitsfindung des Gerichts erschwert, und es könnte insoweit eine Besserstellung des Angeklagten zu bejahen sein, als eine wahrheitsgemäße Aussage des X den Vortäter stärker belastet hätte.

Ob die Tätigkeit des Begünstigers im Einzelfall zu einer wirklichen Besserstellung des Vortäters geführt hat, läßt sich praktisch erst bejahen, wenn der Vortäter jedenfalls für eine

---

261) Bockelmann, Strafr. Untersuchungen, S. 201; ebenso: Meier, Fr.-W., Diss., S. 85 f

262) So RG St 55, 178 (179); 16, 157 (158); RG in DJZ 1925 (Bd 30), S. 433 (434)

gewisse Zeit der Bestrafung entzogen oder seine Beute vorübergehend gesichert worden ist. Daß in diesem Fall aber eine vollendete Begünstigung vorliegt, ist unbestritten.

Als Gegner der Meinung, die objektive Eignung der Handlung zur Erfolgsbewirkung verlangt, wirft Bockelmann[263] jener Lehre, die auf die Erzielung einer wirklichen Verbesserung der Lage des Vortäters abstellen möchte, vor, sie führe in Wahrheit über die Schwierigkeiten der Unterscheidung von tauglichem und untauglichem Versuch keinen Schritt hinaus. Wer eine Besserstellung des Vortäters verlange, so meint Bockelmann[264], der fordere dasselbe, was mit der Formulierung, daß die Beistandsleistung zur Strafvereitelung wenigstens geeignet sein müsse, ohnehin gesagt sei.

Dieser Vorwurf ist in gewisser Weise berechtigt. Die Abgrenzung zwischen objektiv geeigneter und ungeeigneter Handlung kann ebenso Schwierigkeiten bereiten. Wenn z.B. X dem A, der von dem bestohlenen Eigentümer unbemerkt verfolgt wird, mit Begünstigungsabsicht laut zuschreit, daß der Bestohlene ihm auf den Fersen sei, und durch das Geschrei des X Passanten aufmerksam werden und A festhalten, könnte in dem Zuruf noch eine objektiv geeignete Beistandsleistung erblickt werden. Denn nach der Rechtsprechung ist eine Handlung dann geeignet, wenn auch nur eine entfernte Möglichkeit bestanden habe, den Erfolg herbeizuführen[265]. Diese Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von geeigneter und ungeeigneter - strafbarer und strafloser - Tätigkeit des Begünstigers könnten indes ausgeräumt werden durch eine Konkretisierung des Merkmals der Eignung. Es müßte ein für die Praxis brauchbares Abgrenzungskriterium gefunden werden, indem die "Eignungsformel" inhaltlich ausgefüllt wird. Die "Besserstellungsformel" ist zur Abgrenzung indes nicht geeignet.

e) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

Auf die Besserstellung des Vortäters kann das Gewicht nicht gelegt werden, weil die Feststellung, ob die Lage des Vortäters verbessert worden ist, häufig definitiv erst erfolgen kann, wenn

---

263) Strafr. Untersuchungen, S. 201
264) aaO
265) RG St 76, 122 (123); RMG Bd 19, 82 (83)

die Begünstigung geglückt ist. Die Vertreter der "Besserstellungstheorie" wollen mit der Forderung nach Verbesserung der Position des Vortäters den Grad der zu fordernden Gefährdung der Rechtspflege angeben. Hierzu ist die Formel nicht geeignet.

2. Das Anliegen der Vertreter der Besserstellungstheorie, nicht strafwürdige Fälle aus dem Tatbestandsbereich des § 257 StGB auszuscheiden, und ihr Bemühen, den nach dem Gesetz straflosen Versuch des § 257 StGB nicht praktisch "durch die Hintertür" zu einer strafbaren Vollendung werden zu lassen, ist anerkennenswert. Ansatzpunkt für eine gerechte Entscheidung in allen Fällen ist das Merkmal der G e f ä h r d u n g der Rechtspflege. Fraglich ist, ob bereits die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Handelns der Rechtspflegeorgane als Gefährdung anzusehen ist oder erst die Wahrscheinlichkeit. Ist eine Handlung schon dann als geeignet zur Erfolgsbewirkung zu qualifizieren, wenn die bloße Möglichkeit oder sogar eine entfernte Möglichkeit der Strafvereitelung oder Vorteilssicherung bestanden hat?

a) Eine Antwort auf diese Fragen macht zunächst die Untersuchung erforderlich, was unter den Begriffen "Gefahr" und "Gefährdung" zu verstehen ist.

Der Begriff der G e f a h r spielt im Strafrecht eine bedeutsame Rolle[266]. Das Gesetz selbst enthält sich einer Definition. Auch der Entwurf 1962 überläßt es der Rechtsprechung, den Begriff näher zu bestimmen[267]. "Einer gesetzlichen Umschreibung in den Vorschriften des Allgemeinen Teils über den Sprachgebrauch steht die Schwierigkeit entgegen", so heißt es in der Begründung zum Entwurf 1962[268], "daß der Begriff der Gefahr nicht in allen Vorschriften des Gesetzes einheitlich ver-

---

266) Z.B. im Notwehr- und Notstandsrecht; als Voraussetzung von Maßnahmen der Sicherung und Besserung; vor allem bei den gemeingefährlichen Straftaten.

267) So die Begründung zum E 1962, Bundesrat-Drucksache 200/62, S. 497 l.Sp.; ebenso Begründung zum E 1960, Bundesrat-Drucksache 270/60, S. 460/461

268) aaO, S. 497

wendet werden kann, sondern jeweils aus dem Wesen und Sinngehalt der in Betracht kommenden Bestimmung abgeleitet werden muß".

Dennoch läßt sich der Gefahrbegriff auf einen wesentlich allgemeinen Nenner bringen, wenn er sich auch genauer wissenschaftlicher Umschreibung entzieht, nicht allgemeingültig bestimmbar und überwiegend tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur ist[269].

Will man über den Inhalt eines dem Recht angehörenden Begriffes Klarheit gewinnen, der dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen ist, so ist sein Sinn zunächst nach dem Sprachgebrauch festzustellen. Nach dem Sprachgebrauch ist die "Gefahr" ein Zustand drohender Verletzung, die "Gefährdung" die Herbeiführung eines Zustandes, in welchem ein Rechtsgut verletzt werden kann[270].

Damit ist freilich noch nicht viel gewonnen. Der Begriff der Gefahr beruht auf dem Begriff der "Möglichkeit"[271]. "Gefahr ist der Niederschlag eines Möglichkeitsurteils", schreibt Henckel[272], "und dieses Urteil kann je nach Lage der Umstände mehr oder minder bestimmt oder sicher lauten!" In diesem Sinne könne man von einem Grad der Möglichkeit, einem Maß der Gefahr sprechen[273]. Dabei handelt es sich allerdings nicht um die Größe der Gefahr im Sinne eines z e i t l i c h näheren Erfolges[274]. Der Sprachgebrauch verwendet zur Bezeichnung dieser variablen Möglichkeit auch den Begriff der "Wahrscheinlichkeit" und vielfach wird die Wahrscheinlichkeit nur als höherer Grad der Möglichkeit betrachtet[275].

Den Begriffen "Wahrscheinlichkeit" und "Möglichkeit" ist gemeinsam, daß die zukünftige Verletzung einerseits nicht un-

---

269) So BGH St 18, 271 (272)
270) Rotering in GA 1883 (Bd 31), S. 266
271) v. Kries in ZStW 1889 (Bd 9), S. 533; Mezger-Blei, Bd I, S. 93
272) Gefahrbegriff, S. 18
273) Henckel, aaO
274) Frank, § 1 Anm II 1, S. 9; Henckel, aaO
275) Der wissenschaftliche Begriff jedoch, wie ihn vor allem Logik und Mathematik verwendet, kennt alle Grade der Wahrscheinlichkeit, z.B. 1/10, 1/100 Wahrscheinlichkeit. Die Wahrscheinlichkeit kann ganz gering sein und an die Unmöglichkeit grenzen, sie kann sehr groß sein und sich der Notwendigkeit nähern. Vgl. Henckel, aaO, S. 19; v.Kries in ZStW 1889 (Bd 9), S. 529

möglich, andererseits nicht notwendig ist: der schädigende Erfolg kann eintreten, braucht es aber nicht. Worin besteht nun der Unterschied zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit?

Einem Wahrscheinlichkeitsurteil liegt nach Siebenhaar[276] die bestimmte Erwartung zugrunde, daß nach allgemein menschlicher Erfahrung und den Gesetzen des Ursachenzusammenhangs ein Ereignis in der nächsten Zukunft zu einer Veränderung in der Außenwelt führen werde, da in der Mehrzahl gleichgearteter Fälle diese Veränderung auch tatsächlich eingetreten ist. Dagegen hege man bei Annahme einer bloßen Möglichkeit, so führt Siebenhaar aus[277], keineswegs die bestimmte Erwartung, es werde, wie erfahrungsgemäß in der Mehrzahl schon vergangener gleichartiger Fälle, so auch jetzt in der nächsten Zukunft nach einer nahezu unabänderlichen Richtung hin eine Veränderung in der Außenwelt auch wirklich eintreten. Bei einem Möglichkeitsurteil könne der schädliche Erfolg im besten Fall vielleicht eintreten, vielleicht aber auch ausbleiben, der Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges hätten gleich viel für sich. Bei der Wahrscheinlichkeit indes sei nach allgemeiner Erfahrung der Eintritt eines Erfolges viel eher zu gewärtigen als sein Nichteintritt[278].

Siebenhaar bildet folgendes Beispiel[279]: Daß man sich beim Fallen auf der Straße während des Gehens schwer verletze, ist möglich; daß man sich hingegen beim Fallen von dem dritten Stockwerk eines Hauses eine schwere Körperverletzung zuziehe, ist wahrscheinlich.

Siebenhaar fordert[280], daß bei Kennzeichnung des Gefahrbegriffs von dem allein maßgeblichen, grundlegenden Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit auszugehen sei. Eine Gefährdung sei erst dann gegeben, wenn der Eintritt einer Verletzung wahrscheinlich sei[281].

In der Rechtsprechung und im Schrifttum steht eine ganze Skala gradueller Unterschiede zur Auswahl.

---

276) ZStW 1884 (Bd 4), S. 248
277) aaO, S. 248/249
278) Siebenhaar, aaO, S. 250
279) aaO, S. 249
280) aaO, S. 248 und S. 255 FN 2
281) Siebenhaar, aaO, S. 251

Nach dem Sprachgebrauch bestehe dann eine "Gefahr", so führt der BGH[282] aus, wenn nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine auf festgestellte tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses vorliege. Der allgemeine Sprachgebrauch bezeichne mit der Gefahr einen Zustand, in dem nach den zur Zeit bekannten Verhältnissen der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich zu gelten habe, oder, was dasselbe sagen wolle, eine naheliegende Möglichkeit, eine begründete Besorgnis eines Schadens vorliege[283]. Zur Annahme einer Gefahr genügt nach der Rechtsprechung nicht die bloße, vielleicht noch so entfernte Möglichkeit, daß infolge einer Handlung ein Schaden eintrete[284]. Bei der Erörterung des Gefahrbegriffs im Sinne der Straßenverkehrsgefährdung[285] gebraucht der BGH in verschiedenen Urteilen die Wendung, "der Eintritt eines Schadens müsse wahrscheinlicher sein als dessen Ausbleiben"[286]. Damit soll indes nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß zur Abgrenzung des strafbaren Bereichs etwa das Verhältnis von 51% zu 49% Erfolgschancen zu wählen sei, vielmehr soll nur die entfernte, weit abliegende Gefahr damit ausgeschlossen werden[287].

In der Literatur wird vielfach betont, daß eine bloße Möglichkeit der Verletzung noch keine Gefahr sein könne[288].

Als eine um ihrer Gefährlichkeit willen zu unterlassende Handlung, meint Hälschner[289], könne nur diejenige betrachtet werden, welche die Wahrscheinlichkeit eines verletzenden Erfolges enthalte, d. h. diejenige, durch die Bedingungen eines gewissen

---

282) BGH St 18, 271 (272); ähnlich BGH St 8, 28 (31); 13, 66 (70); BGH VRS Bd 13, S. 204 (205)

283) RG St 6, 396 (397); 10, 173 (176); 14, 135 (137); 29, 244 (246); 30, 178 (179); 53, 212 (214); 61, 362 (364)
Zur Eisenbahntransportgefährdung (§ 316 StGB a.F.): RG Rspr. Bd 6, S. 98 (99/100); RG Rspr. Bd 7, S. 128 (130); RG Rspr. Bd 10, S. 594

284) So ausdrücklich: RG St 10, 173 (176); RG Rspr. Bd 7, S. 128 (129); schon das Königl. Obertribunal vom 1. 10. 1874 (Oppenhoff, Rspr. des OTs Bd XV, S. 606)

285) Gemeingefahr i.S. des § 315 Abs. 3 StGB a.F.

286) BGH St 8, 28 (31); 13, 66 (70); BGH VRS Bd 13, S. 204 (205); ebenso schon RG Rspr. Bd 6, S. 98 (100)

287) BGH St 18, 271 (272/273); Schönke-Schröder, Vorbem § 306 RNr. 4

288) v. Buri in GS 1889 (Bd 41), S. 416; Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 598 FN 2

289) Bd 2, Abteil. 2, S. 598

Erfolges gesetzt seien, die erfahrungsgemäß sich in der Regel als den Erfolg verursachende erwiesen.

Die Wahrscheinlichkeit eines schädlichen Erfolges - offenbar im Sinne eines größeren Grades von Möglichkeit - verlangen noch weitere Vertreter in der Literatur[290].

Andere fordern die nahe Möglichkeit einer künftigen Verletzung, sehen indes zwischen naher Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit keinen graduellen Unterschied und verwenden beide Begriffe in demselben Sinne[291].

Als Zustand, aus dem sich die naheliegende Möglichkeit einer Verletzung ergibt, indes "ohne daß darum geradezu Wahrscheinlichkeit verlangt würde"[292], kennzeichnen Frank und v. Olshausen den Begriff der Gefahr[293]. Von dem Erfordernis der Wahrscheinlichkeit befürchtet v. Olshausen[294] eine zu große Einengung des Gefahrbegriffs.

Binding[295] formuliert, die Gefährdung eines Gutes sei identisch mit der "Verstärkung der zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen in der Weise, daß wir ein Hinauswachsen derselben über das Gleichgewicht mit den abhaltenden Bedingungen befürchten müssen".

Einige Vertreter in der Literatur begnügen sich mit der Möglichkeit schlechthin[296]. Auch eine geringe Möglichkeit von Schäden, so führt Schröder[297] aus, sei eine Gefahr.

---

290) Baumann, AT, § 12 II 2 b, S. 120; Jescheck, AT, S. 179; Lobe in Eberm.-Lobe-Rosenberg, § 43 Anm 3, S. 215; Maurach, AT, § 27 II 3, S. 274; Mezger in Traeger-Festschrift, S. 220; auch der E 1962 für den Bereich der gemeingefährlichen Straftaten, Begründung, Bundesrat-Drucksache 200/62, S. 497
Bei der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist die Frage der Eignung von Tatsachen oder Beweismitteln, eine von dem Urteil abweichende Entscheidung in der Schuldfrage herbeizuführen (im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO), in der Form eines Wahrscheinlichkeitsurteils zu beantworten, vgl. Müller-Sax, § 359 Anm 7 f, S. 1136; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 359 Anm 20 b, S. 1379

291) Finger in Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd I, S. 235; Henckel, Gefahrbegriff, S. 27; v. Liszt in VDB, Bd V, S. 151 und Lehrb., Bd I, S. 158; Mezger, Bd I, § 30 II und III, S. 93/94

292) Frank, § 1 Anm II 1, S. 9

293) Frank, aaO; v.Olshausen, Bd I, § 52 Anm 7, S. 269

294) aaO

295) Normen, Bd I, S. 120/121

296) v.Kries in ZStW 1889 (Bd 9), S. 533; M.E. Mayer, AT, S. 128 und S. 198/199; Schönke-Schröder, Vorbem § 306 RNr. 4

297) Schönke-Schröder, aaO

Wenn man unter Gefahr eine "naheliegende Möglichkeit" verstehen will, so müssen gleichzeitig die Kriterien angegeben werden, durch die sich eine solche große Möglichkeit von einer Möglichkeit schlechthin unterscheidet. Es muß angegeben werden, wann man eine "begründete Besorgnis", wann man eine "Wahrscheinlichkeit" annehmen will und wann nicht. Wenn schon der Begriff der Gefahr kein scharf begrenzbarer ist, muß dem Richter wenigstens die richtige Methode der Ermittlung an die Hand gegeben werden[298].

Maßstab für die Beurteilung, ob eine Gefahr vorliegt, sind allgemeine Erfahrungsgrundsätze, ist die objektive Kenntnis von den Gesetzen des Geschehens[299]. Das Vorliegen der Gefahr ist ein Urteil, das zwar auf Grund generalisierender ex-post-Betrachtung gewonnen wird, das aber im konkreten Fall ex ante gefällt wird[300]. Und zwar sind dem Urteil alle zur Zeit der Tat vorliegenden und damals allgemein, d. h. einem objektiven, sachkundigem Beobachter[301] erkennbaren Bedingungen zugrunde zu legen[302].

Auf Grund dieser Basis des Urteils ist der Grad der Möglichkeit anzugeben, der als Gefahr oder Gefährdung zu bezeichnen ist.

Eine zahlenmäßige Angabe ist nicht praktikabel; mit Hilfe von Prozentzahlen kann der Begriff der Gefahr nicht bestimmt werden, denn die für die Besorgnis eines Schadens maßgeblichen Umstände können unterschiedliches Gewicht haben, das im Einzelfall nicht

---

298) Finger in Beiträge, Bd I, S. 239; Henckel, Gefahrbegriff, S. 30

299) Finger, aaO, S. 236/237; Hälschner, Bd 2, Abteil. 2, S. 597/598; Maurach, AT, § 27 II 3, S. 274; Mezger-Blei, Bd I, S. 93/94; Schönke-Schröder, Vorbem § 306 RNr. 4 a

300) BGH St 13, 66 (70); Finger, aaO, S. 238; Henckel, aaO, S. 24; Maurach, aaO; Mezger-Blei, aaO, S. 147; Siebenhaar in ZStW 1884 (Bd 4), S. 253

301) Henckel (aaO, S. 26) und v. Liszt (Lehrb,, Bd I, S. 158) fordern, daß in die Basis des Urteils auch das Wissen des Täters aufgenommen werden müsse, falls es über das Wissen des objektiven Beobachters hinausgehe.

302) Finger, aaO, S. 238/239; Frank, § 1 Anm II 1, S. 9; Henckel, aaO, S. 25; Jescheck, AT, S. 179; v. Liszt, aaO; Mezger in Traeger-Festschrift, S. 220; Mezger-Blei, Bd I, S. 146/147; vgl. auch Begründung zum E 1962, Bundesrat-Drucksache 200/62, S. 497

rechnerisch sicher zu bestimmen ist[303]. Ob der Erfolg eintritt oder ausbleibt, ist gerade nicht zu berechnen. Das Moment des Unberechenbaren, des Zufalls steht zum Gefahrbegriff in Beziehung. Von Gefahr kann nur dort gesprochen werden, wo das Ausbleiben des schädlichen Erfolges auf einem unberechenbaren Zufall beruht, wo der Verlauf der Dinge nicht berechenbar erscheint, weil eine Menge nicht zu berechnender Faktoren diesen oder jenen Verlauf herbeiführen können[304].

Deshalb wird ein objektiver Beobachter, der über das nötige Erfahrungswissen verfügt (also der sachkundige Beobachter), die zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen dann als gefährdend bezeichnen, wenn die betrachteten Bedingungen zum Erfolge hindrängen, während das Ausbleiben des Erfolges unberechenbar, nur ein Zufall zu sein scheint[305] und nur ein unerwartetes Dazwischentreten hemmender Erscheinungen den Eintritt des Erfolges verhindert[306]. In diesem Fall ist der Eintritt des schädigenden Erfolges - die Verletzung des geschützten Rechtsgutes - nach allgemeinem Sprachgebrauch eben wahrscheinlich.

b) Die "Gefährdung" kann somit allgemein umschrieben werden als die Herbeiführung eines Zustandes, in dem der Eintritt des schädigenden Erfolges w a h r s c h e i n l i c h ist. Da der Gefahrbegriff indes nicht allgemeingültig bestimmbar ist[307], muß geprüft werden, inwieweit die oben gewonnenen Erkenntnisse auf die Handlung des Begünstigers übertragen werden können. Ist die Tätigkeit des Begünstigers erst dann eine strafbare Beistandsleistung, wenn sie einen Zustand geschaffen hat, in dem der Eintritt der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung als wahrscheinlich zu gelten hat?

Nach der Rechtsprechung[308] genügt zur Bejahung der Frage, ob die begünstigende Handlung geeignet ist, das beabsichtigte Ziel

---

303) BGH St 18, 271 (272); Henckel, aaO, S. 27; Schönke-Schröder, Vorbem § 306 RNr. 4
304) Vgl. RG Rspr. Bd 6, S. 98 (99); RG St 14, 135 (137); Henckel, aaO, S. 27
305) Henckel, aaO, S. 27/28; Kohler in GA 1916 (Bd 62), S. 246
306) Kohler, aaO, S. 246
307) Vgl. oben auf S. 90/91
308) RG St 76, 122 (123); RMG Bd 19, 82 (83)

zu erreichen, die Feststellung, daß eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit bestanden habe, den Erfolg herbeizuführen.

Eine Gefährdung der Rechtspflege, so führte Schröder noch in der 10. Auflage seines Kommentars aus[309], sei gegeben, wenn jedenfalls generell die Möglichkeit bestehe, das Handeln ihrer Organe zu beeinträchtigen.

Das Geltungsgebiet der Gefährdungsnorm des § 257 StGB soll nach diesen Meinungen demnach nicht in der Mitte zwischen bloßer Möglichkeit und eingetretener Gewißheit der Verletzung, also in der Wahrscheinlichkeit, liegen, sondern zum Eintritt der Strafe soll die bloße (entfernte) Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügen.

c) Zu welch bedenklicher Anwendung die Eignungsformel verleiten kann, wenn man mit der Rechtsprechung eine entfernte Möglichkeit der Beeinträchtigung ausreichen läßt, soll an drei Fallgruppen aufgezeigt werden.

aa) Zunächst ist die Fallgruppe zu nennen, in der der Begünstiger seine Handlung zwar begonnen, aber nicht zum Abschluß gebracht hat.

Liegt z.B. eine vollendete Begünstigung vor, wenn der Täter das Beuteversteck aufsucht, um dem Vortäter das gestohlene Gut zu sichern, indem er die Beute fortschaffen will, aber beim Aufsuchen des Verstecks überrascht und festgenommen wird?[310]

Die Rechtsprechung nimmt zum Teil in diesen Fällen eine vollendete Begünstigung an[311], und zwar mit der Begründung, der Eintritt des erstrebten Erfolges - die Strafvereitelung oder Vorteilssicherung - gehöre nicht zum Tatbestand der Begünstigung, die Vornahme einer an sich geeigneten Handlung genüge. "Es wird die Tat dadurch, daß sie vor ihrer Vollendung entdeckt und ihre weitere Ausführung verhindert wird, nicht zu einem straflosen Versuch der Begünstigung"[312].

Wenn es auch richtig ist, daß der erstrebte Erfolg nicht zum

---

309) Schönke-Schröder, § 257 Anm III
310) Siehe weitere Beispiele auf S. 60 oben.
311) RG St 21, 375; RG in DJZ 1925 (Bd 30), S. 433
312) RG in GA 1891 (Bd 38), S. 65 - Leitsatz

Tatbestand der Begünstigung gehört, so kann aber gerade in diesen Fällen diese Begründung nicht ausreichen, um ein vollendetes Delikt zu bejahen.

Wenn die vom Täter geplante tatbestandsmäßige Ausführungshandlung nicht zum Abschluß gebracht wird, liegt nach allgemeinen Regeln ein bloß versuchtes Delikt vor. Bei der Begünstigung wird nun aber zum Teil die Möglichkeit eines Versuchs überhaupt geleugnet[313], zum Teil wird bezweifelt, ob sich ein Versuch konstruieren lasse[314]. Die allgemeinen Regeln können indes für den Tatbestand des § 257 StGB nicht gelten, da es für die Strafbarkeit des Begünstigers nicht auf die Vollendung der vorgesehenen Tätigkeit ankommen kann, wie folgendes Beispiel zeigt: A selbst will B - im Auto versteckt - über die Grenze bringen und läßt B erst im sicheren Ausland aus seinem Versteck heraus. Wird der Fahrt nun durch einen Polizeibeamten oder durch einen Unfall vorher ein Ende gesetzt, so kann eine vollendete Begünstigung nicht mit der Begründung verneint werden, A habe seine geplante Tätigkeit noch nicht zum Abschluß gebracht; denn mit Abschluß der begünstigenden Handlung wäre hier auch der Erfolg der Strafvereitelung eingetreten, dieser ist indes zur Vollendung des § 257 StGB unbestritten nicht erforderlich.

Notwendig ist aber die Eignung der Handlung, den Erfolg zu bewirken. Es ist zu fragen, ob wirklich schon die begonnene Handlung ohne Weiterführung geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Bei Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob die Teilhandlung - losgelöst von der insgesamt vorgesehenen Handlung - bereits diese Eignung aufweist oder ob noch ein weiteres Handeln hinzukommen muß. Das Aufsuchen des Beuteverstecks kann - für sich betrachtet - gar nicht zum Erfolg der Vorteilssicherung führen.

Die Eignung dieser Teilhandlung kann indes bejaht werden, wenn man - wie die Rechtsprechung - eine entfernte Möglichkeit der Vorteilssicherung ausreichen läßt. Sucht der Täter das Versteck auf, um für den Vortäter die Beute fortzuschaffen, so kann

313) Geyer in Holtz. Handbuch, Bd II, S. 425; Hälschner, Bd 2, S. 876; v. Schwarze in GS 1872 (Bd 24), S. 388; Waldthausen in GA 1881 (Bd 29), S. 387

314) RG St 16, 157; v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, S. 768; v. der Decken in ZStW 1892 (Bd 12), S. 111/112

ein objektiver, sachkundiger Beobachter diese Bedingung als eine durchaus gefährdende bezeichnen, wenn als Gefährdung schon eine entfernte Möglichkeit der Verletzung ausreicht. Die Überdehnung der Eignungsformel durch die Rechtsprechung führt praktisch dazu, (noch) untaugliche (Teil-) Handlungen in den Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB einzubeziehen. Wie oben dargelegt wurde[315], sind ungeeignete Handlungen aber aus dem Tatbestand des § 257 StGB auszuscheiden.

bb) In der zweiten Fallgruppe hat das Reichsgericht die Strafbarkeitsgrenze des § 257 StGB noch weiter vorverlegt und sogar bloße Vorbereitungshandlungen erfaßt.

Schon in einer bloßen Vereinbarung von Zeugen, zugunsten des Beschuldigten die Unwahrheit zu sagen, soll nach Ansicht des RG eine Begünstigung liegen können[316].

Nach dem Sachverhalt des Urteils vom 26. April 1929[317] handelte es sich eindeutig um eine Verabredung, nach der man Beistand leisten wollte. Diese Verabredung ist aber bloße Vorbereitung einer beabsichtigten Beistandsleistung[318]. Auch in den sonstigen Fällen der Verabredung eines Verbrechens oder Vergehens werden die Teilnehmer dieser Verabredung nicht wegen des vollendeten verabredeten Delikts bestraft, wenn dieses nicht noch begangen wird. Eine Bestrafung ist nur aus § 49 a Abs. 2 StGB möglich, wenn es sich um die Verabredung eines Verbrechens handelt. Aber diese Möglichkeit entfällt sogar für die Verabredung der nur als Vergehen ausgestalteten Begünstigung gemäß § 257 StGB[319].

Warum das RG den "höchst gewagten Satz"[320] ausgesprochen hat, ist unerklärlich, denn dieser Äußerung hätte es gar nicht bedurft, da die Angeklagten bei ihrer Vernehmung als Zeugen dann tatsächlich eidlich falsch ausgesagt haben. In der späteren RG-Entscheidung vom 4. Juni 1936 - aaO - wird auch nur unter

---

315) auf S. 60 ff
316) RG in JW 1929, S. 2730 Nr. 30 (S. 2731 l.Sp.) - Urteil vom 26. April 1929; RG in JW 1936, S. 2806 Nr. 24 (S. 2806 r.Sp.) - Urteil vom 4. Juni 1936
317) RG in JW 1929, S. 2730 Nr. 30
318) Ebenso Heimberger, Anm zu RG in JW 1929, S. 2730 Nr. 30 auf S. 2731
319) Die Möglichkeit besteht nur, wenn ein Fall des § 258 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegt.
320) Heimberger, aaO

Berufung auf das Urteil vom 26. April 1929 darauf hingewiesen, daß in einer Vereinbarung von Zeugen schon eine vollendete Begünstigung liegen könne.

Bei der bloßen Vereinbarung von Zeugen, zugunsten des Beschuldigten die Unwahrheit zu sagen, fehlt es im übrigen noch an der erforderlichen Eignung der Handlung zur Erfolgsbewirkung. Die Zeugen müssen noch mehr tun, damit der erstrebte Erfolg - die Strafvereitelung - eintreten kann. Erst wenn die Zeugen im Ermittlungsverfahren oder in der Hauptverhandlung tatsächlich falsch aussagen und an ihrer Aussage bis zum Abschluß ihrer Vernehmung festhalten, können die Aussagen von wesentlichem Einfluß sein auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes darüber, ob die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beantragen, ob das Verfahren einzustellen oder der Angeklagte freizusprechen ist[321]. Das Reichsgericht, das in ständiger Rechtsprechung eine objektiv geeignete Beistandsleistung zur Erfüllung des Tatbestandes des § 257 StGB verlangt[322], scheint in dieser Vereinbarung von Zeugen eine zur Strafvereitelung geeignete Handlung zu erblicken. Eine derartige Ansicht läßt sich indes nur vertreten, wenn man schon bei entfernter Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handelns der Rechtspflegeorgane die Eignung der vorgenommenen Handlung bejaht. Gegen die Einbeziehung bloßer Vorbereitungshandlungen in den Tatbestand des § 257 StGB spricht indes der Vergleich zu der Vorschrift des § 49 a Abs. 2 StGB[323]. Das Reichsgericht hat die Eignungsformel hier überdehnt.

In einigen Entscheidungen[324] hat das Reichsgericht dagegen ausdrücklich festgestellt, daß bloße Vorbereitungshandlungen noch keine Begünstigung seien. In einer Entscheidung vom 9. Juni 1887[325] führt das RG aus: "Bloße Vorbereitung einer Tätig-

---

321) In diesen falschen Zeugenaussagen liegt eine vollendete Begünstigung, vgl. RG St 28, 111 (112); 46, 74 (76); 50, 364 (366); 54, 41; RG Rspr. Bd 6, S. 214 (215); RG in GA 1931 (Bd 75), S. 334; RG in JW 1933, S. 432 Nr. 16; RMG Bd 19, S. 82 (83)

322) Nachweise oben auf S. 43 FN 106)

323) Siehe oben auf S. 99

324) Das sind neben den Entscheidungen, die eine Besserstellung des Vortäters verlangen (vgl. oben auf S. 77/78 FN 210/211)), noch: RG St 16, 157 f und RG St 40, 15 (20)

325) RG St 16, 157 (158)

keit, durch welche insbesondere bei der sog. sachlichen Begünstigung dem Täter die Vorteile seiner Straftat gesichert werden sollen, ist noch nicht Begünstigung".

In der entschiedenen Strafsache hatte die Angeklagte - Frau K - nur festgestellt, ob sich die Säcke mit Tabak noch auf dem Felde befanden. Die Säcke waren vorher von ihrem Mann über die Grenze geschmuggelt worden. Das RG führt aus, daß der beabsichtigte Beistand in einer erst noch vorzunehmenden Handlung - wohl der Wegschaffung der Säcke - bestehen sollte, während die von den Beamten wahrgenommene Tätigkeit der K - das Nachsehen, ob der Tabak noch vorhanden sei - im Hinblick auf die beabsichtigte Wegschaffung offenbar nur als ein vorbereitender Akt aufgefaßt werden könne.

cc) Die dritte Fallgruppe kann unter dem Oberbegriff "mittelbare Förderungshandlungen" zusammengefaßt werden.

Das RG hat in dem erfolglosen Versuch der Verleitung eines Dritten, zugunsten des Vortäters wahrheitswidrige Angaben zu machen, eine vollendete Begünstigung erblickt[326], und zwar mit der Begründung, eine geeignete Handlung genüge und der Erfolg brauche nicht wirklich einzutreten.

Eine Parallele zu § 49 a Abs. 1 StGB zeigt jedoch, daß das Ergebnis unbillig ist. Wenn die Begünstigung als selbständiges Delikt anzuerkennen ist, so müssen auch die Konsequenzen aus der selbständigen Natur des Delikts gezogen werden.

Wird eine dritte Person zur Begehung eines Deliktes vergeblich aufgefordert, so ist diese Aufforderung bei den übrigen selbständigen Delikten des Strafgesetzbuchs gemäß § 49 a Abs. 1 StGB als mißlungene Anstiftung zu bestrafen, wenn der Dritte ein Verbrechen begehen sollte. Der Anstifter wird jedoch niemals wegen Vollendung des Deliktes, zu dem der Dritte vergeblich angestiftet wurde, als Täter bestraft. Bei Vergehen bleibt er überhaupt straflos.

Überträgt man diese Grundsätze auf die erfolglose Anstiftung zur Begünstigung, so würde der Täter straffrei bleiben.

Der Auffassung des Reichsgerichts, daß in den Fällen der ver-

326) RG St 9, 242 (244); 20, 233 (234)

suchten Anstiftung eine zur Strafvereitelung geeignete Beistandsleistung vorliege, kann im übrigen nicht gefolgt werden. Die Rechtspflege ist hier zu keinem Zeitpunkt objektiv gefährdet worden, eine Gefährdung hätte erst vorgelegen, wenn der Beeinflussungsversuch gelungen wäre und der Dritte wirklich falsch ausgesagt hätte. Der Versuch der Anstiftung ist noch nicht geeignet, den Erfolg der Strafvereitelung herbeizuführen. Es muß noch die vom Auffordernden erstrebte Tätigkeit des Dritten hinzukommen. Selbst wenn man mit der Rechtsprechung zur Bejahung der Eignung einer Tätigkeit, den Erfolg zu bewirken, eine "entfernte Möglichkeit" der Beeinträchtigung der Rechtspflege genügen lassen würde, könnte eine Gefährdung der Rechtspflege allenfalls in dem Zeitpunkt einsetzen, in dem der Aufgeforderte sich zu einer Falschaussage bereiterklärt.

Die erfolglosen Aufforderungen eines Dritten sind als untaugliche Handlungen und mit Rücksicht auf die Behandlung der erfolglosen Anstiftung zu anderen selbständigen Delikten nicht als vollendete Begünstigung zu bestrafen[327]. Den Strafbarkeitsbereich des § 257 StGB auf Handlungen auszudehnen, die zu keinem Zeitpunkt eine Gefährdung der Rechtspflege herbeigeführt haben, ist kriminalpolitisch nicht notwendig[328]. Deshalb ist die Eignungsformel darauf zu beschränken, daß nur Handlungen, die unmittelbar die Rechtspflege beeinträchtigen können, als geeignet zur Erfolgsherbeiführung anzusehen sind[329].

Eine mittelbare Förderungshandlung ist auch die Einwirkung auf einen anderen, im Strafverfahren keine Angaben zu machen. Auch diese Einwirkung kann nach RG in DR 1939, S. 1067 Nr. 7 - nur Leitsatz - ein Beistandleisten im Sinne des § 257 StGB darstellen.

Da das RG aber in derselben Entscheidung eine Verbesserung der Lage des Vortäters verlangt, scheint es nur solche Einwirkungen genügen zu lassen, die zu einer derart intensiven Gefährdung der

---

327) Im Ergebnis ebenso u.a.: Frank in ZStW 1892 (Bd 12), S. 319; Schönke-Schröder, § 257 RNr. 20 a
328) Siehe oben auf S. 64 ff
329) Gretener, S. 155; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 257 Anm III

Rechtspflege geführt haben. Ob das der Fall war, kann nicht nachgeprüft werden, da nur der Leitsatz der Entscheidung a.a.O. veröffentlicht wurde.

Auch die erfolgreiche Anstiftung eines anderen, zugunsten des Vortäters falsche Angaben zu machen, ist nur eine mittelbare Unterstützung. Der Angestiftete macht sich einer Begünstigung schuldig, wenn er als Zeuge in der Hauptverhandlung falsch aussagt, ohne seine Aussage bis zum Abschluß seiner Vernehmung zu widerrufen[330]. Nach allgemeinen Regeln wäre also unter dieser Voraussetzung Anstiftung zur Begünstigung gegeben. Das Reichsgericht, das schon in der erfolglosen Anstiftung eines Zeugen eine vollendete Begünstigung sieht, müßte folgerichtig die erfolgreiche Anstiftung ebenfalls als vollendete Begünstigung ansehen.

Nur in den Fällen, in denen der Vortäter seine eigene Begünstigung veranlaßte, hat die Rechtsprechung diesen Grundsatz durchbrochen. Der Vortäter ist immer als Anstifter bestraft worden[331], denn als Täter einer Begünstigung konnte er nicht bestraft werden, da die Selbstbegünstigung nicht den Tatbestand des § 257 StGB erfüllt. Die Worte "Beistand leisten" in § 257 StGB setzen voraus, daß ein anderer unterstützt wird[332]. Der BGH geht zwar davon aus, daß die Anstiftung zur Selbstbegünstigung eigentlich "täterschaftliches Verhalten" sei[333], daß aber dieses täterschaftliche Verhalten "als Teilnahme an fremder Tat denkbar wird".

Täterschaftliche (Selbst-) Begünstigung ist also nur dann als Teilnahme an fremder Tat denkbar, wenn eine Bestrafung wegen des täterschaftlichen Verhaltens nicht in Betracht kommt! Ist aber eine Bestrafung wegen täterschaftlicher Begünstigung möglich - so wie bei der Anstiftung zur Fremdbegünstigung - wird der Gesichtspunkt der Teilnahme an fremder Tat mit der Begründung abgetan, daß eine geeignete Handlung zur Annahme einer täterschaftlichen Begünstigung genüge. Diese Rechtsprechung ist unbefriedigend[334].

---

330) Siehe oben auf S. 100
331) RG St 4, 60 (61); 50, 364 (365); 60, 346 (348); RG Rspr. Bd 5, S. 421 (423); BGH St 17, 236 ff
332) BGH St 5, 75 (81); 9, 71 (73); 17, 236 = MDR 1962, S. 751 r.Sp.
333) BGH in MDR 1962, S. 751 r.Sp.
334) Ebenso Göckel, Diss., S. 4 und S. 6

Ebenso wie in den Fällen der versuchten Anstiftung ist auch bei der erfolgreichen Anstiftung die Eignung der Tätigkeit zur Erfolgsherbeiführung zu verneinen. Nur wenn der Angestiftete falsch aussagt, kann die Feststellung getroffen werden, daß von diesem Zeitpunkt ab die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handelns der Rechtspflegeorgane gegeben ist; die erforderliche Eignung besitzt demnach nur die Aussage selbst, nicht aber die Anstiftung zu der Aussage. Eine die mittelbare Gefährdung der Rechtspflege einbeziehende Eignungsformel würde dem Sinn des § 257 StGB nicht gerecht. Die Vorschrift des § 257 StGB soll rechtswidrige Beeinträchtigungen der Rechtspflegeorgane bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben verhindern. Bei mittelbaren Förderungshandlungen wird indes die staatliche Rechtspflege noch nicht in der ungehinderten Wahrnehmung ihrer Aufgaben gestört, so daß auch kein Bedürfnis für die Einbeziehung derartiger Betätigungen in den Tatbestand des § 257 StGB anzuerkennen ist.

Mittelbare Förderungshandlungen erfüllen somit nicht den Tatbestand des § 257 StGB[335].

Schröder[336] will in dem Fall, daß ein anderer zur Begünstigung bestimmt wird, ebenfalls Anstiftung zur Begünstigung annehmen. Entsprechend der Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen müsse auch bei mittelbaren Förderungshandlungen gefordert werden, daß das Beistandleisten zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege dienen solle. Bei mittelbaren Handlungen ist also der verbrecherische Wille des Täters - entsprechend der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nach Schröder[337] - nicht in einer Handlung zutage getreten, die nach dem Gesamtplan des Täters unmittelbar zur Gefährdung des Schutzobjektes führte. An der Handlung des Angestifteten hat sich der Anstifter aber nur beteiligt, so daß er auch nur als Teilnehmer bestraft werden kann. Hat der Dritte noch nicht gehandelt, so

---

335) Ob der mittelbar Fördernde dann Täter oder Teilnehmer ist, wäre nach den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen zu entscheiden. Ob bei der Begünstigung die verschiedenen Teilnahmeformen überhaupt unterscheidbar sind, ist ein interessantes Problem, das leider im Rahmen dieser Arbeit nicht umfassend erörtert werden kann.

336) Schönke-Schröder, § 257 RNr. 20 a

337) Schönke-Schröder, § 43 RNr. 10 ff

ist die Einwirkung auf den Dritten über eine Vorbereitungshandlung nicht hinausgelangt.

d) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

Würde man mit der Rechtsprechung zur Bejahung der Frage, ob eine Handlung zur Erfolgsherbeiführung (Strafvereitelung, Vorteilssicherung) geeignet ist, die Feststellung genügen lassen, daß eine "entfernte Möglichkeit" bestanden habe, die Strafe zu vereiteln oder die Vorteile zu sichern, könnte eine derartig ausgelegte Eignungsformel zu einer unrichtigen Anwendung verleiten. Die Eignungsformel würde überdehnt.

e) Für die Lösung des Problems, wie intensiv die Gefährdung der Rechtspflege sein muß, um eine Handlung als geeignet zur Erfolgsherbeiführung qualifizieren zu können, erweist es sich als unumgänglich, von dem jeweiligen strafbaren Unrechtsgehalt einmal der Strafvereitelung und zum anderen der Vorteilssicherung auszugehen. Nur so kann festgestellt werden, ob eine Gefährdung der Rechtspflege - abweichend von dem allgemein umschriebenen Begriff der Gefährdung als Herbeiführung eines Zustandes, in dem der Eintritt des schädigenden Erfolges wahrscheinlich ist[338] - schon bei bloßer Möglichkeit des Erfolgseintritts gegeben ist.

Bei diesem Ausgangspunkt ist die Absicht des Begünstigers für den objektiven Tatbestand nicht gleichgültig. Denn die Feststellung, ob die Handlung einen irgendwie gearteten Zwischenerfolg herbeigeführt hat, ist von dem erstrebten Enderfolg abhängig. Die Entziehung der Bestrafung (Enderfolg der 1. Alternative des § 257 StGB) ist grundverschieden von der Sicherung der Vorteile (Enderfolg der 2. Alternative des § 257 StGB), so daß auch der Zwischenerfolg bei der Strafvereitelung ein anderer als bei der Vorteilssicherung sein muß. Dem RG[339] kann insoweit nicht zugestimmt werden, wenn es ausführt, daß die "Eigenart der Handlung selbst durch die sie bestimmende Absicht überhaupt nicht verändert" werde.

---

338) Siehe oben auf S. 96
339) RG St 54, 132 (134); 58, 290 (292)

aa) Eine an dem Unrechtsgehalt der Strafvereitelung orientierte Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Beistandleisten" führt zu folgendem Ergebnis:

Das Unrecht der Strafvereitelung besteht in dem rechtswidrigen Eingriff des Begünstigers in die staatliche Strafgewalt, denn der Täter will die Durchsetzung des entstandenen Strafanspruches des Staates erschweren oder vereiteln[340]. Entscheidend für die Frage der Vollendung des Tatbestandes ist also, wieweit der Eingriff in die staatliche Rechtspflege gediehen sein muß. Erforderlich ist eine Handlung, die die staatliche Rechtspflege tatsächlich und unmittelbar in der ungehinderten Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Vortäter seiner Bestrafung zuzuführen, gestört hat. Ein objektiver Beobachter, der über das nötige Erfahrungswissen verfügt, wird das Vorliegen einer derart beschaffenen Handlung nur dann bejahen und demgemäß die zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen dann als gefährdend bezeichnen, wenn die betrachteten Bedingungen zum Erfolge der Strafvereitelung hindrängen, während das Ausbleiben der Strafvereitelung auf einem unberechenbaren Zufall beruht. Denn der weitere Verlauf der Dinge, die Frage, ob durch die - die Rechtspflege tatsächlich und unmittelbar störende - Handlung des Begünstigers der Vortäter der Bestrafung entzogen werden wird, erscheint unberechenbar, weil eine Menge nicht zu berechnender Faktoren auch einen anderen als den erstrebten Verlauf herbeiführen können. Eine Beistandsleistung, die zu einer Gefährdung der Rechtspflege führt, hat dann einen Zustand geschaffen, in dem der Eintritt der Strafvereitelung als w a h r s c h e i n l i c h zu gelten hat[341]. Bloße Möglichkeit des Erfolgseintritts genügt demnach zur Bejahung der Gefährdung der Rechtspflege nicht. Eine Abweichung von dem allgemein umschriebenen Gefährdungsbegriff[342] erfordert der Sinn des § 257 StGB nicht.

Eine strafbare Willensbetätigung des Begünstigers ist somit nur diejenige Handlung, die einen Zustand herbeigeführt hat, in dem der Eintritt der Strafvereitelung als wahrscheinlich zu gelten hat.

---

340) Literatur- und Rechtsprechungsnachweise oben auf S. 8 FN 23) und FN 24)
341) Zu dieser Schlußfolgerung oben auf S. 96
342) Vgl. oben auf S. 96

Als Ergebnis aller vorhergehenden Ausführungen stellt sich folgender Begriff der "Beistandsleistung", um den Vortäter der Bestrafung zu entziehen, heraus:

Eine Beistandsleistung ist jede Handlung, die objektiv geeignet ist, die erstrebte Strafvereitelung zu bewirken. Objektiv geeignet ist sie, wenn sie einen Zustand herbeigeführt hat, in dem der Eintritt der Strafvereitelung wahrscheinlich ist.

An Hand der gegebenen Begriffsbestimmung sollen nun die in der Einleitung gebrachten Fälle gelöst werden:
Fall 1: Eindeutig vollendete Begünstigung, denn die Strafvereitelung ist gelungen.
Fall 2: (Abwandlung des Falles 1): Vollendete Begünstigung, denn die Tätigkeit der B hat die Strafverfolgungsbehörden in ihrer Aufgabe gehindert. Die Besorgung und Übergabe der Fluchtmittel war objektiv geeignet, die Strafvereitelung zu bewirken, denn dadurch war ein Zustand herbeigeführt worden, in dem der Eintritt der Strafvereitelung wahrscheinlich war.
(Fall nach RG St 21, 375): Ob hier vollendete Begünstigung vorlag, hängt von den genauen Umständen ab, denn der objektive, sachkundige Beobachter kann ein Wahrscheinlichkeitsurteil nur bei Betrachtung aller zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen abgeben. Davon hängt ab, ob die Tätigkeit des L schon objektiv geeignet war, die Strafvereitelung herbeizuführen, oder ob noch ein weiteres Handeln hinzukommen mußte.
Fall 3: Straflose versuchte Begünstigung, denn die Handlung des B war ungeeignet, die Strafvereitelung zu bewirken, da der Erfolgseintritt nicht nur nicht wahrscheinlich war, sondern im Gegenteil die Erfolgschancen geringer wurden. Der Vortäter A konnte weiterhin ungehindert seiner Bestrafung zugeführt werden. (Urkundendelikte sollen hier außer Betracht bleiben.)
Fall 4: betrifft die Vorteilssicherung
Fall 5: Der Tatbestand des § 257 StGB ist mangels Eignung der Anstiftung nicht erfüllt, denn erst durch die Falschaussage des Zeugen selbst, falls dieser bis zum Abschluß seiner Vernehmung daran festhält, wird der Erfolgseintritt wahrscheinlich. Ob A dennoch als Täter oder bloß als Anstifter zur Begünstigung des Zeugen zu bestrafen ist, ist nach allgemeinen Teilnahmegrundsätzen zu entscheiden. Grundsätzlich wird der mittelbar Handeln-

de jedoch nur Teilnehmerwillen haben[343], so daß bloße Anstiftung zur Begünstigung vorliegen würde.
Fall 6: Straflose Tat, denn die versuchte Anstiftung ist ungeeignet, da der Erfolgseintritt nicht wahrscheinlich ist.

bb) Eine an dem Unrechtsgehalt der Vorteilssicherung orientierte Auslegung des Begriffes der Beistandsleistung führt zu folgendem Ergebnis:

Das Unrecht der Vorteilssicherung besteht in der Verhinderung der Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes, der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen (Vermögens-) Lage[344]. Auch hier ist zu fragen, wieweit der Eingriff des Begünstigers, der den rechtswidrigen Zustand aufrechterhalten sollte, gediehen sein muß, um vollendete Begünstigung annehmen zu können. Erforderlich ist eine Handlung, die die Rechtsordnung tatsächlich in der ungehinderten Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den dem Gesetz entsprechenden Zustand wiederherzustellen, gestört hat. Der objektive, sachkundige Beobachter wird hier - ebenso wie bei der Strafvereitelung - die zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen dann als gefährdend bezeichnen, wenn die betrachteten Bedingungen den Erfolg der Vorteilssicherung als wahrscheinlich gelten lassen.

Für das Merkmal der Beistandsleistung, um dem Vortäter die Vorteile der Tat zu sichern, ergibt sich demnach folgende Definition:

> Eine Beistandsleistung ist jede Handlung, die objektiv geeignet ist, die erstrebte Vorteilssicherung zu bewirken. Objektiv geeignet ist sie, wenn sie einen Zustand herbeigeführt hat, in dem der Eintritt der Vorteilssicherung wahrscheinlich ist.

Lösung des in der Einleitung gebrachten Falles 4: Straflose versuchte Begünstigung, denn die Handlung des C - losgelöst von der insgesamt vorgesehenen Handlung - war noch nicht geeignet, den Vortätern die Beute zu sichern, da der Eintritt der Vor-

---

343) Es wird davon ausgegangen, daß es bei der Begünstigung entsprechend den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen echte Teilnahme gibt.
344) Im Einzelnen umstritten, siehe oben auf S. 8/9

teilssicherung zu dem Zeitpunkt nicht wahrscheinlich war.

3. Als Ergebnis ist festzuhalten:

Eine Gefährdung der Rechtspflege kann nur dann bejaht werden, wenn die Handlung des Begünstigers einen Zustand herbeigeführt hat, in dem der Eintritt der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung als wahrscheinlich zu gelten hat. Nur in diesem Fall ist die Tätigkeit des Begünstigers geeignet, den erstrebten Erfolg zu bewirken. Das Wahrscheinlichkeitsurteil wird ein objektiver, sachkundiger Beobachter abgeben, wenn die zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen zum Erfolge hindrängen, während das Ausbleiben des Erfolges nur ein unberechenbarer Zufall zu sein scheint.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung des Begünstigers - die Beistandsleistung - muß den erstrebten Enderfolg - die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung - nicht tatsächlich herbeigeführt haben. Dennoch erfüllt nicht jede Tätigkeit, die auf den Enderfolg gerichtet ist, den Tatbestand des § 257 StGB. An die objektive Beschaffenheit der als Beistandsleistung zu qualifizierenden Handlung sind gewisse Mindestanforderungen zu stellen. Die Handlung muß tatsächlich die Rechtspflege gefährdet haben. Damit scheiden zur Erfolgsherbeiführung ungeeignete Handlungen aus dem Tatbestand aus. Die Eignung der Handlung ist zu bejahen, wenn die Beistandsleistung einen Zustand herbeigeführt hat, in dem der Eintritt des erstrebten Erfolges wahrscheinlich ist. Die Feststellung, daß die ausgeführte Tätigkeit bereits die Rechtspflege gefährdet, wird ein objektiver, sachkundiger Beobachter treffen, wenn alle zur Zeit der Tat vorliegenden Bedingungen zum Erfolge der Strafvereitelung oder der Vorteilssicherung hindrängen, während das Ausbleiben dieses Erfolges nur ein unberechenbarer Zufall zu sein scheint. Zum Eintritt der Strafe des § 257 StGB genügt einerseits nicht die bloße Möglichkeit der Beeinträchtigung der Rechtspflege, andererseits ist aber eine tatsächliche Beeinträchtigung nicht erfor-

derlich. Das Geltungsgebiet der Gefährdungsnorm des § 257 StGB liegt demnach in der Mitte zwischen bloßer Möglichkeit und eingetretener Gewißheit der Verletzung, in der Wahrscheinlichkeit.

Die Beistandsleistung muß zu einem Zwischenerfolg geführt haben. Dieser liegt in der Gefährdung der Rechtspflege. Die Begünstigung ist weder Unternehmenstatbestand noch schlichtes Tätigkeitsdelikt. Sie ist ein erfolgskupiertes Vergehen.

Nach diesen Ergebnissen ist der strafbare Bereich der Begünstigung wesentlich enger, als ihn die überwiegende Meinung zieht.

Durch die hier vorgenommene Auslegung des Begriffes der Beistandsleistung wird der erkennbare Wille des Gesetzgebers beachtet, den Versuch der Begünstigung nicht zu bestrafen. Eine derart einschränkende Auslegung entspricht im übrigen den heutigen Bemühungen zur Erneuerung des Strafrechts, nämlich dem Bestreben, das Strafrecht auf wirklich strafwürdiges Verhalten der Mitglieder der Gesellschaft zu beschränken[1]. Beherzigt sind damit auch Hellmuth Mayers Worte[2]:

"Es ist eine deutsche Krankheit, daß man das Strafrecht lieber ausdehnen und nicht möglichst einschränken will. Die entscheidende kriminalpolitische Aufgabe unserer Zeit ist entschlossener Abbau unseres übermäßig aufgeblähten Strafrechts".

---

1) Vgl. dazu die Bestrebungen der Verfasser des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, siehe Vorwort zum Besonderen Teil: Politisches Strafrecht, 1968; ebenso Dahm, Deutsches Recht, S. 615

2) JZ 1962, S. 623 r.Sp.

L e b e n s l a u f

Am 24. Januar 1944 wurde ich als Tochter des Oberverwaltungsgerichtsrats Dr. Wilhelm Groothold und seiner Ehefrau Maria, geb. Kloppenburg, in Königsberg (Pr.) geboren.

Mit der Reifeprüfung am Mädchengymnasium Marienschule in Münster/Westf. schloß ich am 28. Februar 1963 meine Schulzeit ab. Im Sommersemester 1963 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. auf und setzte es im Wintersemester 1964/65 an der Westf.-Wilhelms-Universität in Münster fort. Nach achtsemestrigem Studium bestand ich am 18. August 1967 meine erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm.

Seit dem 1. November 1967 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Ich habe meine Referendarausbildung im Landgerichtsbezirk Münster/Westf. begonnen und bin mit Wirkung vom 15. Januar 1970 in den Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf übernommen worden.